

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ?

Colson, Pauline

Published in:

Questions spéciales relatives à la réparation du dommage

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Colson, P 2017, La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? Dans *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*. Anthemis, Limal, p. 7-80.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ?

Pauline COLSON

Assistante et doctorante au Centre de droit privé
de l'Université catholique de Louvain
Avocate au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Alors qu'initialement, le dommage ne faisait pas l'objet de beaucoup d'attention¹, il a connu un regain d'intérêt ces dernières années et est devenu le sujet principal de nombreuses études tant en Belgique qu'à l'étranger². Ce succès grandissant se justifie dès lors que le dommage occupe une place centrale dans le droit de la responsabilité civile³. Il est présenté à la fois comme élément

¹ Voy., à ce sujet, C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 163 ; P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMAREDE), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 567 ; L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier*, Paris, PUF, 1997, p. 38 ; C. CALAFAYAN, *Essai sur la notion de préjudice. Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Paris I, 2007, pp. 2-5 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 16.

² Voy. not. E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984 ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1984 ; D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999 ; L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000 ; D. DE CALLATAY et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2 « Le dommage », Bruxelles, Larcier, 2009. Et en France : S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, Université Grenoble II, 1994 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004 ; A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014 ; C. CALAFAYAN, *Essai sur la notion de préjudice. Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Paris I, 2007. En Suisse : C. CHAPPUIS et B. WINIGER (dir.), *Le préjudice. Une notion en devenir*, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2005 ; F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013 ; A.-S. DUPONT, « Dommage vers une nouvelle définition ? », *La Semaine judiciaire*, 2003. En Angleterre : D. ALLEN, J. HARTSHORNE et R. MARTIN, *Damages in tort*, Londres, Sweet&Maxwell, 2000 ; H. MCGREGOR, *McGregor on damages*, Londres, Sweet&Maxwell, 2003. Pour les raisons de ce regain d'intérêt, voy. A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 19 ; C. CALAFAYAN, *Essai sur la notion de préjudice. Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Paris I, 2007, pp. 6-10.

³ A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 19 ; C. CALAFAYAN, *Essai sur la notion de préjudice*.

constitutif⁴, essence⁵, composante⁶, donnée fondamentale⁷ ou condition nécessaire et préalable à la responsabilité⁸ ou encore comme condition de l'obligation de réparer⁹, objet de la réparation¹⁰ ou de l'obligation d'indemnisation¹¹, cause de l'action en réparation¹² ou élément nécessaire à la réparation¹³. Même si l'importance de la notion ne doit pas être remise en cause, ces différents rôles qui lui sont assignés doivent toutefois être relativisés. Il est évidemment incontesté et incontestable que le dommage constitue l'une des conditions d'application de la responsabilité à côté de la faute et du lien causal¹⁴. Il est donc par conséquent également la condition ou la cause de l'obligation de réparation ou d'indemnisation. Néanmoins, compte tenu de la distinction qui doit, selon nous, être faite entre l'atteinte et ses conséquences, il nous semble que l'objet de la réparation ne sera pas le dommage s'il est défini comme une lésion, mais les répercussions de celle-ci. Nous y reviendrons ci-après (nos 57 et s.).

2. Voulant poursuivre et participer à cet élan dont le dommage fait l'objet, il nous a semblé important d'approfondir la définition même du concept. En effet, comme le soulignent L. Cornelis et I. Vuillard, « les juristes s'attachant généralement plus à l'étude des caractéristiques qu'à l'approfondissement de la notion elle-même, tendent à sous-estimer l'importance de la définition du dommage "réparable" »¹⁵. L'objet de la présente contribution est donc de

Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Paris I, 2007, p. 10.

⁴ D. SIMOENS, *Beginnels van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 13 ; L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 4, n° 1.

⁵ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 262, n° 208.

⁶ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 32, n° 27 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 1, n° 1.

⁷ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 56.

⁸ J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, R.C.J.B., 1947, p. 123.

⁹ L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 4, n° 1.

¹⁰ J. FONTEYNE, « De la nature du dommage causé par les lésions physiques », R.G.A.R., 1953, n° 5203.

¹¹ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 32, n° 27 ; D. SIMOENS, *Beginnels van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 13 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 1, n° 1.

¹² R. O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 271, n° 2868.

¹³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, t. IV, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 23, n° 383.

¹⁴ Ce qui n'est pas le cas en droit anglais où le « damage » n'est pas une condition nécessaire de la responsabilité civile, ce qui peut expliquer le désintérêt de la doctrine à son égard (C. CALAFAYAN, *Essai sur la notion de préjudice. Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Paris I, 2007, p. 5). On le retrouve toutefois dans la plupart des actions de la « law of torts ». En effet, l'existence d'un dommage est nécessaire et doit être établie par le demandeur dans le cadre du « tort of negligence ». Il est également requis, mais présumé par la loi, dans le cadre du « tort of private nuisance ». Il n'est, en revanche, pas exigé pour le « tort of trespass ou libel » (P. GREGOIRE, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, Bruxelles, C.I.D.C., 1971, pp. 96 et 98).

¹⁵ L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 4, n° 1.

tenter de démontrer la nécessité d'approfondir cette notion en revenant tout d'abord sur ses origines historiques (section 1). Nous essaierons ensuite de déterminer si elle doit être qualifiée de question de droit ou de fait (section 2). Nous détaillerons alors les différentes théories envisageables pour définir le dommage (section 3) avant de proposer ce qui nous semble être la définition la plus opportune (section 4). Le dommage devrait se définir, selon nous, comme l'atteinte à un droit (subjectif), une liberté ou un intérêt (légitime) protégé. Nous reviendrons sur chacune des composantes de cette définition.

Section 1

Origine historique

§ 1. Du droit romain aux travaux préparatoires du Code civil

3. L'apparition du concept de dommage remonte au droit romain. La *lex aquilia*, datant de 286 av. J.-C., « ancêtre des articles 1382 et suivants du Code civil »¹⁶, utilisait déjà le terme *damnum*¹⁷, désignant le dommage infligé par l'auteur de l'acte¹⁸. Il s'agissait, à côté de l'acte dommageable et de l'acte illicite, d'une des trois exigences imposées pour obtenir une réparation¹⁹. En 1625, lorsqu'il formule pour la première fois de manière explicite une clause générale de responsabilité délictuelle, Grotius reprend également le terme *damnum*²⁰. S. PUDENDORF en 1672 conserve, quant à lui, le terme *damnum*, mais en y ajoutant l'expression lésion²¹. Ces deux appellations seront reprises par C. Wolff, dans les années 1740²². En 1761, dans son *Traité des obligations*, R.-J. POTHIER diversifie encore le vocabulaire en faisant usage du mot « tort »²³. Il en est de même de DOMAT qui, en 1777, assimile le dommage non seulement à un tort, mais aussi à une perte ou encore à un mal²⁴.

¹⁶ R. ROYER, *Le droit romain*, t. II « Obligations – Contrats – Responsabilité contractuelle », Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia Bruylant/Bruylant, 2002, p. 17.

¹⁷ Auparavant, et notamment dans la loi des XII tables datant de 450-451 av. J.-C., le terme *damnum* était également utilisé dans le sens de dédommagement (J.-F. GERKENS, « Réflexions sur le *damnum*. *Damnum* et dommage, l'histoire de deux faux amis ? », in A. RUELLE et M. BERLINGIN (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 81).

¹⁸ B. WINIGER, *La responsabilité romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle-Francfort-sur-le Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, p. 18 ; J. FONTEYNE, « De la nature du dommage causé par les lésions physiques », R.G.A.R., 1953, n° 5203.

¹⁹ B. WINIGER, *La responsabilité romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle-Francfort-sur-le Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, p. 16.

²⁰ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Paris, 1625, 2, 17, 1, traduit par B. WINIGER, dans *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 40 ; J.-P. LEVY, et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 915.

²¹ S. PUDENDORF, *De iure naturae et gentium*, 1672, 3, 1.

²² B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 44.

²³ R.-J. POTHIER, *Œuvre de R.J. Pothier. Les traités du droit français*, t. I, Bruxelles, 1831, pp. 32-33.

²⁴ M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, t. 1, Paris, Nyon, 1777, p. 210.

4. Même si la notion a pu traverser les époques, un constat s'impose à la lecture de ces différents textes : elle ne fait jamais l'objet d'une véritable définition générale. En droit romain, le terme *damnum*²⁵ désignait initialement « le dommage matériel²⁶ et/ou économique, infligé à l'objet endommagé²⁷, respectivement au propriétaire », puis a été élargi pour viser un spectre beaucoup plus large de dommage incluant notamment le manque à gagner futur ou les dommages immatériels²⁸. Même si la préférence a été donnée au *damnum facere* et à une description plus large du dommage²⁹, une définition générale ne semble pas pouvoir être mise en évidence à cette époque. On peut néanmoins souligner un certain rapprochement entre cette acception large du *damnum* et le dommage au sens de l'article 1382 du Code civil³⁰. Par la suite, Donellus confirmera cette interprétation large de la *lex aquilia* qui poursuit tous les dommages, mais ne proposera toutefois pas encore de définition³¹. Il faudra attendre le XVII^e siècle et plus particulièrement les

²⁵ Visant tant l'occisum du chapitre 1^{er} de la *lex aquilia* qui désigne comme dommage la mort d'esclaves ou de quadrupèdes vivant dans un troupeau que, dans le chapitre 3, l'ustum, le fractum, le ruptum, considérés comme des exemples de dommages (biens brûlé, brisé ou rompu), mais également le factum et le datum (B. WINIGER, *La responsabilité romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle-Francfort-sur-le Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, p. 181).

²⁶ J.-F. GERKENS, « Réflexions sur le *damnum*. *Damnum* et dommage, l'histoire de deux faux amis ? », in A. RUELLE et M. BERLINGIN (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 82.

²⁷ Ce terme ne doit apparemment pas être vu au sens strict puisqu'il désigne tant les biens matériels (p. ex., une maison brûlée) que l'intégrité corporelle (p. ex., une jambe cassée) (B. WINIGER, *La responsabilité romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle-Francfort-sur-le Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, p. 181 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2008, p. 16). B. Winiger qualifie d'ailleurs le dommage en droit romain de *corpore corpori* c'est-à-dire un dommage infligé par un corps à un corps (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 15). L'indemnisation du dommage corporel n'était toutefois pas initialement visée dans la *lex aquilia* car le dédommagement reposait sur une évaluation selon le prix du marché. Or, l'homme libre n'avait pas de valeur marchande. Elle ne visait donc initialement que les choses, les bêtes et les esclaves. Ce n'est que plus tard que la *lex aquilia* a été interprétée de manière large permettant aux hommes libres de demander réparation de leurs blessures corporelles par le biais de l'action estimatoire d'injure (J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 890 ; J.M. CARBASSE et B. AUZARY-SCHMALTZ, « La douleur et sa réparation dans les registres du Parlement médiéval (XIII^e-XIV^e siècles) », in B. DURAND, J. POIRIER et J.-P. ROYER (dir.), *La douleur et le droit*, Paris, PUF, 1997, p. 432 ; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 53).

²⁸ La jurisprudence a ainsi admis l'action *in factum* ou *furti* dans des hypothèses de *damnum non corpori* (J.-F. GERKENS, « Réflexions sur le *damnum*. *Damnum* et dommage, l'histoire de deux faux amis ? », in A. RUELLE et M. BERLINGIN (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 83-84).

²⁹ B. WINIGER, *La responsabilité romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle-Francfort-sur-le Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, p. 37.

³⁰ J.-F. GERKENS, « Réflexions sur le *damnum*. *Damnum* et dommage, l'histoire de deux faux amis ? », in A. RUELLE et M. BERLINGIN (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 99. On peut considérer que le *damnum iniuria datum* contient une désignation générique du dommage (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 49).

³¹ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 53.

écrits de Grotius pour trouver une ébauche de définition. En effet, celui-ci va, d'une part, donner une description du dommage comme la situation où « quelqu'un a moins du sien, soit du sien qui lui revient directement en nature, soit par accession par un fait humain comme la propriété ou un pacte, soit par la loi » et, d'autre part, distinguer les méfaits contre la vie, contre le corps et contre les biens en proposant également une énumération des biens protégés, à savoir la vie, le corps, les membres, la réputation, l'honneur et les actes propres de l'homme³². Il reconnaîtra par ailleurs la réparation du dommage causé en cas d'homicide d'un homme libre, ce qui n'était pas admis en droit romain³³. Un peu plus tard, Pudendorf ne définira, quant à lui, pas la notion au sens strict, mais précisera que l'expression « lésion infligée » vise « toute lésion, corruption, diminution ou suppression de ce qui nous appartient déjà ou l'interception de ce que nous devrions avoir en vertu d'un droit parfait »³⁴.

5. Deux siècles plus tard, la rédaction du Code civil offrait l'occasion de choisir un terme parmi ceux utilisés depuis la *lex aquilia* et de préciser ce que celui-ci recouvrait. Les rédacteurs ont, à première vue, saisi la première opportunité, mais pas la seconde. Les travaux préparatoires font, en effet, état du projet d'article 1382 mettant en évidence le choix pour le terme de dommage^{35,36}. Toutefois, les raisons de ce choix ne sont pas données, et on peut même douter qu'il soit délibéré puisqu'il est, *a priori*, utilisé sur un même pied que celui de perte ou de tort, mais également de préjudice³⁷, même s'il n'est pas exclu que le mot « perte » appelle une interprétation plus large que celui de préjudice³⁸. Les travaux préparatoires n'apportent, en outre, pas de précision quant au sens à donner à ce mot³⁹. Sans même aller jusqu'à s'interroger sur l'intérêt d'insérer une définition dans le Code,

³² H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Paris, 1625, 2, 17, 2 et 15 traduit par B. WINIGER, dans *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, pp. 41 et 56.

³³ R. FENESTRA, « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », in *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 158.

³⁴ S. PUDENDORF, *De iure naturae et gentium*, 1672, 3, 1, traduit par B. WINIGER, dans *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 60.

³⁵ M. LOCÉ, « Discours prononcé par M. Tarrible, orateur du Tribunal, dans la séance du Corps législatif du 19 pluviôse an XII (9 février 1803) », in *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. XIII, Code civil, Liv. II, Treuttel et Würtz, Libraires, 1928, p. 57.

³⁶ C'est également ce terme qui était repris dans les projets de Cambacérès (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, pp. 81-83).

³⁷ M. LOCÉ, « Rapport fait au Tribunal par M. Bertrand de Greuille dans la séance du 16 pluviôse an XII (6 février 1803) », in *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. XIII, Code civil, Liv. II, Treuttel et Würtz, Libraires, 1928, p. 33, pp. 40-41 ; M. LOCÉ, « Discours prononcé par M. Tarrible, orateur du Tribunal, dans la séance du Corps législatif du 19 pluviôse an XII (9 février 1803) », in *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. XIII, Code civil, Liv. II, Treuttel et Würtz, Libraires, 1928, pp. 46 et 58.

³⁸ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 78.

³⁹ T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 306.

la signification de la notion choisie aurait pu être expliquée dans les travaux préparatoires. Dans son discours, Tarrible se « limite » à insister sur la portée, générale de la disposition qui « embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages »⁴⁰, mais ne précise pas ce que recouvrent ces derniers⁴¹.

6. D'autres législateurs avaient pourtant osé cette tentative de description à la même époque, mais en adoptant une méthodologie différente. Certains codes ont franchi le pas de prévoir une définition au sens strict du terme. Ainsi, la disposition 962 du Code civil bernois (*Civil-Gesetzbuch*) indique que le dommage est un désavantage surgissant dans la personne du lésé ou dans son patrimoine^{42,43}. D'autres législateurs ont opté pour une approche différente. Plutôt que de donner une définition générale, ils ont eu recours, dans la lignée de Grotius, à une énumération de biens juridiquement protégés. On retrouve ainsi une telle liste dans le Code zurichois de 1856 (*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich*), à tout le moins pour les actes violant le droit civil, puisque le paragraphe 1834 prévoit une restriction aux dommages causés aux corps et aux choses^{44,45,46}. Il en est de même du BGB allemand⁴⁷. Le parti pris des rédacteurs du Code civil français de ne donner aucune indication quant au dommage constituait donc, à première vue, un choix assez isolé à l'époque^{48,49}. Apparaît alors « un schisme entre les ordres

juridiques codifiés quant à la place accordée à la nature des intérêts protégés en matière de responsabilité civile »⁵⁰.

§ 2. L'article 1382 du Code civil : le silence du législateur sur une notion centrale

7. Les articles 1382 et suivants du Code civil reprennent donc l'exigence d'un dommage, mais sans proposer de définition⁵¹. J. Ronse qualifie cette lacune de conscience pour pouvoir laisser au juge du fond une large possibilité de déterminer dans chaque cas concret s'il y a un dommage⁵². La portée à donner à ce concept est donc laissée à l'appréciation de la jurisprudence⁵³. Cette absence de précision participe au caractère général donné à la clause de responsabilité et donne à la notion la teneur la plus large possible⁵⁴. En ne définissant pas le dommage, le législateur évitait donc de créer un effet restrictif et d'exclure la possibilité d'en obtenir réparation⁵⁵. Cette abstention du législateur nous semble néanmoins regrettable, car source de confusions et d'hésitations⁵⁶. Les législateurs contemporains, tant au niveau européen qu'au niveau national, semblent avoir pris la mesure de la nécessité de prévoir une définition légale, puisque tant les projets européens que les projets de réforme du Code civil français proposent une définition du dommage (*cf. infra*, nos 23, 63 et 81). Avant d'examiner les différentes manières de procéder pour ce faire, il convient de déterminer la qualification à donner au terme dommage, c'est-à-dire de préciser s'il s'agit d'une question de droit et/ou de fait.

⁴⁰ M. LOCKÉ, « Discours prononcé par M. Tarrible, orateur du Tribunal, dans la séance du Corps législatif du 19 pluviôse an XII (9 février 1803) », in *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. XIII, Code civil, Liv. II, Treuttel et Würtz, Libraires, 1928, p. 58.

⁴¹ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 6, n° 4.

⁴² B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 279.

⁴³ L'ABGB autrichien (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) de 1811 définit également en son paragraphe 1293 le dommage comme un désavantage qu'une personne a subi dans le patrimoine, dans un droit ou dans sa propre personne (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 187).

⁴⁴ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 362.

⁴⁵ Dans l'hypothèse d'une infraction pénale ou d'un acte dolosif, la notion de dommage est plus large et vise toute forme de désavantage (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 362).

⁴⁶ Dans l'ALR prussien de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), le titre 6 propose également une énumération : le corps, la liberté, l'honneur et le patrimoine (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 37).

⁴⁷ Toutefois s'il va effectivement opter pour une liste d'intérêts protégés, le législateur allemand ne va pas en tant que tel donner de directives au juge quant à la notion de dommage (J. VIAENE, *Schade aan de mens. Deel III. Evaluatie van de gezondheidsschade*, Berchem/Anvers, Kluwer, 1976, p. 227).

⁴⁸ Le Code saxon de 1865 (*Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*) ne donnait pas non plus de précision quant à la notion de dommage et réduisait, en outre, la notion, puisque le paragraphe 1483 limite l'obligation de réparation au dommage au corps ou à la chose d'autrui (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 408).

⁴⁹ Notons qu'il n'existe pas non plus de définition générale du préjudice en *common law* (L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 22). Il y a en effet une conception spécifique pour chaque tort (C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2 « Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality and defences », Oxford, Clarendon Press, 2000, p. 6).

⁵⁰ M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile. Analyse comparée des systèmes germaniques, canadien et québécois », *McGill Law Journal*, 2013, p. 4.

⁵¹ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 271, n° 2868 ; L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 4, n° 3 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, p. 633, n° 1011 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1542, n° 1063 ; H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques. Académie royale de Belgique*, 1927, p. 66 ; B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître. Le même constat est évidemment fait en France. Voy. not. P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUUMAREDE), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 567.

⁵² J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 6, n° 4. Voy. également X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 12, n° 16.

⁵³ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 17, n° 6 ; H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques. Académie royale de Belgique*, 1927, p. 66.

⁵⁴ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, pp. 74 et 81.

⁵⁵ J.-F. GERKENS, « Réflexions sur le *damnum*. *Damnum* et dommage, l'histoire de deux faux amis ? », in A. RUELLÉ et M. BERLINGIN (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 80.

⁵⁶ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

Section 2

Le dommage : question de droit et/ou question de fait ?

§ 1. Le rôle respectif de la Cour de cassation et du juge du fond

8. Le dommage est traditionnellement qualifié d'élément de pur fait^{57,58}. Certains auteurs estiment néanmoins qu'il s'agit d'un concept hybride, à la fois de fait et de droit⁵⁹. D'autres encore soutiennent qu'il s'agit d'une notion juridique⁶⁰. L'enjeu est principalement de déterminer dans quelle mesure la Cour de cassation peut exercer un pouvoir de contrôle. Notons que ce débat n'est pas propre à la Belgique, car il est également présent en France, en Suisse⁶¹ et en Allemagne⁶².

9. Cette impression que le dommage est une pure question de fait peut résulter de la lecture des travaux préparatoires du Code civil⁶³. Dès lors, si le dommage est réduit à une donnée purement factuelle, on pourrait croire que seul le juge du fond connaîtrait de cette notion qui échapperait alors totalement au contrôle de la Cour de cassation. Il est, en effet,

parfois affirmé que la Cour de cassation ne connaît pas du fait⁶⁴. Il s'agit en réalité d'une présentation erronée de l'interdiction faite à la Cour de connaître du fond des affaires, interdiction formulée à l'article 147 de la Constitution pour respecter le rôle dévolu aux juridictions de fond⁶⁵. Elle résulte d'une confusion entre le fond et le fait, notions qui doivent être distinguées⁶⁶. La Cour de cassation ne pourra effectivement connaître du fond de l'affaire. Elle ne va, dès lors, pas rechercher ou collationner les faits⁶⁷. Cette tâche appartient au juge du fond. Elle tiendra donc pour acquis les faits que ce dernier a appréciés⁶⁸. En revanche, il revient à la Cour de cassation de contrôler l'application du droit au fait⁶⁹. Pour ce faire, elle devra nécessairement connaître les faits, mais à travers les constatations effectuées par le juge du fond⁷⁰.

10. Appliquée au dommage, cette mise au point signifie qu'il appartiendra au juge du fond d'apprécier souverainement en fait l'existence d'un dommage. La Cour de cassation l'a d'ailleurs rappelé à de nombreuses reprises^{71,72}. Concrètement, et pour ce qui concerne l'existence du dommage, le juge devra déterminer si, par exemple, la preuve d'une détérioration d'un bien est apportée par un procès-verbal d'expertise pour un véhicule accidenté ou

⁵⁷ J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, R.C.J.B., 1947, p. 123 ; J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 8 ; R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 283, n° 2904 ; J. RONSE, *Schade en schadeoostelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 8, n° 6 ; Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, p. 950 ; L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 18 ; J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, R.C.J.B., 1957, p. 101.

⁵⁸ La *lex aquilia* en droit romain opérait déjà une distinction entre fait et droit à propos du dommage. Le juriste était, dans un premier temps, invité à reconstruire les faits pour vérifier l'existence d'un dommage puis, dans un second temps, à procéder à l'évaluation juridique des faits reconstruits en vérifiant s'il y a ou non *iniuria* et à fixer dans l'affirmative le montant du dédommagement (B. WINIGER, *La responsabilité romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle-Francfort-sur-le Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, pp. 30 et 32). La vérification de l'existence d'un dommage résulterait d'une analyse factuelle alors que le calcul du dommage serait plutôt un examen en droit.

⁵⁹ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Morsel, Intersentia, 2009, p. 633, n° 101 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 17, n° 6 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 946 ; D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeoostelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15.

⁶⁰ X. Pradel qualifie le dommage de notion de droit même s'il utilise plutôt le terme de préjudice indemnisable (X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 14, n° 18). B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁶¹ C. CHAPPUIS, « Cour de justice des Communautés européennes : un arrêt significatif pour la notion suisse de dommage ? », *La Semaine judiciaire*, 2002, p. 396.

⁶² Le dommage est également présenté comme une notion de pur fait même si certains se demandent si le fait que le concept soit repris dans l'ordre juridique n'en fait pas automatiquement un concept de droit ou s'il ne s'agit pas en réalité d'une construction juridique. Voy., à ce sujet, J. VIAENE, *Schade aan de mens. Deel III. Evaluatie van de gezondheidsschade*, Berchem/Anvers, Kluwer, 1976, pp. 232-238.

⁶³ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître. Les rédacteurs du Code civil semblent avoir supprimé la condition d'illicéité du dommage qui était pourtant présente en droit romain.

⁶⁴ Voy. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 30, mais également H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 122, n° 258, qui dénoncent cette affirmation.

⁶⁵ C. STORCK, « Le renvoi au juge du fond dans la procédure en cassation en matière civile », in *Imperat Lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 209 ; H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 122, n° 257.

⁶⁶ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 31.

⁶⁷ H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 124, n° 264 et 270, n° 574.

⁶⁸ H. SIMONT, *Des pourvois en cassation en matière civile*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Librairie générale de droit, 1933, p. 179, n° 178.

⁶⁹ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 31 ; H. SIMONT, *Des pourvois en cassation en matière civile*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Librairie générale de droit, 1933, p. 180, n° 179 ; C. STORCK, « Le renvoi au juge du fond dans la procédure en cassation en matière civile », in *Imperat Lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 220.

⁷⁰ P. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, « Introduction à la méthode de la Cour de cassation », *Rev. dr. ULB*, 1999, pp. 105-106 ; H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 122, n° 258.

⁷¹ Cass. (1^{re} ch.), 30 juin 1898, *Pas.*, 1898, p. 254 ; Cass. (1^{re} ch.), 12 décembre 1912, *Pas.*, 1913, p. 32 ; Cass. (2^e ch.), 30 novembre 1920, *Pas.*, 1921, p. 150 ; Cass. (2^e ch.), 1^{er} mars 1921, *Pas.*, 1921, p. 271 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 avril 1984, *Arr. Cass.*, 1983-1984, p. 1123, *Bull.*, 1984, p. 1059, *Bull. ass.*, 1984, p. 747, *J.T.*, 1984, p. 548 ; *Pas.*, 1984, I, p. 1059 ; Cass. (2^e ch.), 19 mars 1991, *Arr. Cass.*, 1990-1991, p. 755, *Bull.*, 1991, p. 670, *Pas.*, 1991, I, p. 670, *R.W.*, 1993-1994, p. 613 ; Cass. (2^e ch.), 13 janvier 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 40, *Bull.*, 1999, p. 42 ; Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 314, *Bull.*, 1999, p. 3222, *R.W.*, 2001-2002, p. 1186, *Dr. circ.*, 1999, p. 250 ; Cass. (2^e ch.), 5 décembre 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 2082, *Pas.*, 2001, p. 2011 ; Cass. (3^e ch.), 20 février 2006, *Arr. Cass.*, 2006, p. 414, *NjW.*, 2006, p. 798, *Pas.*, 2006, p. 413, *R.W.*, 2008-2009, p. 1143 ; Cass. (aud. plén.), 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, liv. 6595, p. 221, note B. DUBUISSON, *J.L.M.B.*, 2015, liv. 6, p. 264, note G. GENICOT et Y. LELEU, *R.W.*, 2014-2015 (somm.), liv. 13, p. 519, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, liv. 3, p. 186, note A. HUYGENS, *Juristenkrant*, 2014, liv. 299, p. 1, note I. SAMOY.

⁷² La Cour de cassation belge a repris et confirmé cette jurisprudence française établie notamment par un arrêt de la Cour de cassation française du 10 avril 1966 : « le juge du fait est souverain appréciateur de la question de savoir si un dommage a ou n'a pas existé » (Cass. fr. [civ.], 10 avril 1866, D., I, 1966, p. 343).

la preuve d'une lésion corporelle par un certificat médical⁷³. Le dommage sera donc apprécié *in concreto*, de manière empirique⁷⁴. Néanmoins, si la Cour de cassation ne peut apprécier ce fait, elle pourra en avoir connaissance. Il lui incombera en effet de contrôler si les faits constatés justifient les conséquences que le juge en déduit en droit⁷⁵, c'est-à-dire si le juge ne méconnaît pas la notion de dommage⁷⁶. C'est en cela que le dommage a également une coloration juridique. La Cour a ainsi notamment estimé que violait les articles 1382 et 1383 du Code civil le juge qui rejette « la demande tendant à la réparation de ce dommage [moral par répercussion] par le seul motif que la tension psychique ressentie à la vue des souffrances de la victime de l'acte illicite n'excède pas le devoir d'assistance normal de tout conjoint »⁷⁷. Le contrôle effectué par la Cour de cassation permet également, comme le souligne X. Pradel, d'encadrer le concept et de réguler les vagues indemnitaires⁷⁸.

11. L'affirmation selon laquelle le dommage serait une notion purement factuelle semble donc réductrice. Elle incite, en outre, à définir le dommage par référence à la théorie de la différence, ce qui est, selon nous, critiquable, car il s'agit plutôt d'une méthode d'évaluation (*cf. infra*, nos 53 et s.). Le dommage doit donc nécessairement être qualifié de notion de droit, mais il n'est pas pour autant une notion purement juridique⁷⁹. Il aurait plutôt une nature hybride, comme l'ont souligné E. Dirix⁸⁰, T. Léonard⁸¹, D. Simoens⁸² ainsi que T. Vanswevelt et B. Weyts⁸³. Ce que recouvre la notion de dommage présente un caractère factuel tandis que la qualification, l'étiquette, l'appellation données par le juge sont de nature juridique⁸⁴. Le fait, par ailleurs, que l'admissibilité du dommage soit soumise à des conditions démontre également

⁷³ Cette liberté dans l'appréciation de la preuve est également reconnue de tout temps en doctrine, puisqu'elle était déjà mise en évidence par Marcadé en 1866 (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 127).

⁷⁴ J. VIAENE, *Schade aan de mens. Deel III. Evaluatie van de gezondheidsschade*, Berchem/Anvers, Kluwer, 1976, pp. 253-256 ; N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 10 et 349.

⁷⁵ Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 314 ; *Bull.*, 1999, p. 3222, *R.W.*, 2001-2002, p. 1186, *Dr. circ.*, 1999, p. 250 ; Cass. (2^e ch.), 26 octobre 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 2045, *Pas.*, 2005, p. 2044, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14245.

⁷⁶ Cass. (3^e ch.), 20 février 2006, *Arr. Cass.*, 2006, p. 414, *NjW*, 2006, p. 798, *Pas.*, 2006, p. 413, *R.W.*, 2008-2009, p. 1143.

⁷⁷ Cass. (3^e ch.), 20 février 2006, *Arr. Cass.*, 2006, p. 414, *NjW*, 2006, p. 798, *Pas.*, 2006, p. 413, *R.W.*, 2008-2009, p. 1143.

⁷⁸ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 14, n° 18.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 17, n° 6.

⁸¹ T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 309.

⁸² D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15.

⁸³ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, p. 633, n° 1011.

⁸⁴ C'est la même logique qui était utilisée en droit romain à propos du fait générateur puisque le juriste devait vérifier, en fait, l'existence d'un *datum* (acte dommageable) puis, en droit si l'acte est illicite, s'il peut recevoir

qu'il s'agit d'une notion de droit⁸⁵. E. Dirix et D. Simoens indiquent à cet égard qu'un concept sera qualifié de juridique s'il se trouve dans la loi et s'il est susceptible d'interprétation⁸⁶, sous le contrôle de la Cour de cassation⁸⁷. C'est assurément le cas du dommage. H. De Page met également en évidence un élément de fait et un élément de droit dans la composition du dommage⁸⁸. Néanmoins, selon cet auteur, l'élément de fait correspondrait à la notion de préjudice et l'élément de droit à la lésion d'un droit. Nous y reviendrons ci-après (*cf. infra*, n° 62).

§ 2. Référence au sens usuel

12. Comme nous venons de le rappeler, il revient à la Cour de cassation de contrôler si le juge du fond pouvait appliquer la notion de dommage aux faits constatés⁸⁹. En principe, lorsque le législateur n'a pas défini le terme en question, la Cour devra vérifier si le juge du fond l'a appliqué dans le sens usuel⁹⁰. Le juge se voit alors assigner un autre rôle, celui de législateur⁹¹.

13. Le sens usuel n'est toutefois pas évident à cerner. La diversité des définitions proposées par la doctrine en témoigne. Il est assimilé tantôt à une diminution de valeur⁹², un inconvénient⁹³, un dégât ou une dégradation⁹⁴ ou une souffrance⁹⁵. D'autres le définissent encore comme une atteinte⁹⁶ notam-

la qualification de violation normative (B. WINIGER, *La responsabilité romaine. Damnum iniuria datum*, Bâle-Francfort-sur-le Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, pp. 181-182).

⁸⁵ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁸⁶ D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15.

⁸⁷ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 17, n° 6.

⁸⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 946.

⁸⁹ H. SIMONT, *Des pourvois en cassation en matière civile*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Librairie générale de droit, 1933, p. 180, n° 179.

⁹⁰ H. SIMONT, *Des pourvois en cassation en matière civile*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Librairie générale de droit, 1933, p. 180, n° 179 ; D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15 ; J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, *R.C.J.B.*, 1957, p. 101.

⁹¹ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 133.

⁹² R. O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 272, n° 2869 ; terme utilisé par l'ancien droit français tel que rappelé par J. FONTEYNE, « De la nature du dommage causé par les lésions physiques », *R.G.A.R.*, 1953, n° 5203.

⁹³ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 15, n° 5 ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1984, p. 7, n° 4 ; D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15.

⁹⁴ I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 57.

⁹⁵ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 16, n° 5 ; E. NORDIN, *De schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht : tussen compensatie en handhaving*, Universiteit Antwerpen, 2014, p. 11, n° 22 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. XX, Bruxelles/Paris, Bruylant-Christophe et C^e/Librairie A. Marescq, 1878, p. 566, n° 522.

⁹⁶ R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1935, p. 352, n° 352 ; loi *aquilia* citée par J. FONTEYNE, « De la nature du dommage causé par les lésions

ment à un intérêt⁹⁷. Certains auteurs font enfin référence au patrimoine⁹⁸, tandis que d'autres insistent sur l'aspect matériel⁹⁹ et moral de la notion¹⁰⁰. Malgré cette variabilité du vocabulaire et des concepts utilisés, on peut néanmoins mettre en évidence un terme, déjà employé par Domat en 1777, et qui revient presque systématiquement dans les définitions soumises par la doctrine. Il s'agit de la notion de perte¹⁰¹ et, plus précisément, de perte d'un avantage¹⁰². Cette assimilation du dommage à une perte n'est toutefois guère satisfaisante en ce qu'elle est trop restrictive¹⁰³ et difficilement compatible

physiques », R.G.A.R., 1953, n° 5203 ; I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 57.

⁹⁷ J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 9 ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 7, n° 4.

⁹⁸ R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1935, p. 352, n° 352 ; J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 9 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 15, n° 5 ; E. NORDIN, *De schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht : tussen compensatie en handhaving*, Universiteit Antwerpen, 2014, p. 11, n° 22 ; J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, R.C.J.B., 1957, p. 101.

⁹⁹ Loi aquilia citée par J. FONTEYNE, « De la nature du dommage causé par les lésions physiques », R.G.A.R., 1953, n° 5203.

¹⁰⁰ J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, R.C.J.B., 1947, p. 123 ; J. FONTEYNE, « De la nature du dommage causé par les lésions physiques », R.G.A.R., 1953, n° 5203 ; R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1935, p. 352, n° 352 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. XX, Bruxelles/Paris, Bruylant-Christophe et C^e/Librairie A. Marescq, 1878, p. 566, n° 522.

¹⁰¹ J. FONTEYNE, « De la nature du dommage causé par les lésions physiques », R.G.A.R., 1953, n° 5203 ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 7, n° 4 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 15, n° 5 ; E. NORDIN, *De schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht : tussen compensatie en handhaving*, Universiteit Antwerpen, 2014, p. 11, n° 22 ; R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 272, n° 2869 ; D. SIMOENS, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15 ; I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 57 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. XX, Bruxelles/Paris, Bruylant-Christophe et C^e/Librairie A. Marescq, 1878, p. 566, n° 522 ; C. CALAFAYAN, *Essai sur la notion de préjudice. Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Paris I, 2007, p. 19 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 19.

¹⁰² P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1543, n° 1063 ; J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 9 ; J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, R.C.J.B., 1947, p. 123 ; R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 283, n° 2904 ; J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, R.C.J.B., 1957, p. 101.

¹⁰³ C. CALAFAYAN, *Essai sur la notion de préjudice. Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Paris I, 2007, p. 19 et pp. 359 et s. L'auteur propose dès lors de distinguer deux aspects du préjudice : un aspect économique qui reproduit l'idée de perte et qui doit être indemnisée et un aspect moral qui traduit le concept d'atteinte qui doit être sanctionnée. Concernant le premier aspect, le préjudice serait une notion de fait alors qu'il s'envisagerait comme une notion de droit pour le second.

avec l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux¹⁰⁴. Mais qu'en est-il de la Cour de cassation ? Comment a-t-elle exercé son contrôle au regard de la définition du dommage ? La Cour a défini le dommage comme une lésion à un droit dans un premier temps, puis à un intérêt dans un second temps. Ensuite, dans ses derniers arrêts, elle a retenu la conception dite moderne du dommage, à savoir celle de la comparaison entre la situation de la victime et celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable n'était pas survenu. Nous allons revenir sur cette évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰⁵.

Section 3

Théories pour définir le dommage

§ 1. La lésion d'un droit

A. Du droit romain au xx^e siècle : prémices de l'évolution du droit vers l'intérêt

14. La jurisprudence de la Cour de cassation belge a évolué quant à la définition du dommage abandonnant, fin des années 1930, début des années 1940, l'assimilation du dommage à la lésion d'un droit au profit de l'atteinte à un intérêt. Paradoxalement, l'évolution historique antérieure est plutôt inverse, dès lors que la notion d'intérêt remonte au droit romain alors que la mise en évidence des droits de la victime date plutôt du xvi^e siècle¹⁰⁶.

¹⁰⁴ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 155.

¹⁰⁵ Notons qu'à côté de ces trois théories pour définir le dommage, certains auteurs belges, essentiellement néerlandophones, en distinguent une quatrième : la théorie de la relativité aquilienne ou de l'illicéité relative (voy. not. E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 22 ; H. BOCKEN, I. BOONE et M. KRUTHOF [coll.], *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Bruges, die Keure, 2014, p. 51 ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, pp. 24-26 ; L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE [dir.], *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 192 ; H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques. Académie royale de Belgique*, 1927, p. 84 ; I. BOONE, « L'abandon de la rupture du lien causal par la Cour de cassation », in *La rupture du lien causal ou l'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire ?*, Liège, asbl Éditions du Jeune barreau de Liège, 2007, pp. 42-43.3). Selon cette théorie qui trouve son origine en droits allemand et anglais (J. LIMPENS, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 562 ; A. TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *Rev. intern. dr. comp.*, 1953, p. 26), le dommage résulterait de la lésion d'un intérêt protégé par la norme violée (P. WESSNER et B. WINIGER, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://grrca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288514_wesnerwiniger.pdf, p. 1). Cette théorie ne constitue pas en tant que telle, à notre estime, une manière de définir le dommage, mais constitue plutôt un examen de la norme de conduite qui pourra avoir des conséquences au niveau du fait générateur et qui va également déterminer les dommages réparables, mais sans vraiment définir la notion de dommage.

¹⁰⁶ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 17.

15. Le droit romain ne proposait pas de réelle définition générale du dommage (cf. *supra*, n° 4). Néanmoins, la référence à l'intérêt de la victime était déjà présente dès le III^e siècle, même s'il faut souligner qu'elle était plutôt utilisée pour fixer le calcul de l'indemnité¹⁰⁷. En effet, Ulpien tenait compte de l'intérêt du lésé à ce que la chose ne soit pas endommagée, pour faire en sorte que le dommage réellement subi soit indemnisé¹⁰⁸. Au XVIII^e siècle, Heineccius, mais également Pothier feront, eux aussi, appel à l'intérêt du lésé dans le cadre du calcul du dommage. La notion d'intérêt était donc déjà connue dès cette époque, mais intervenait plutôt dans le calcul de l'indemnisation que dans le cadre de la définition du dommage. Seul Grotius, nous l'avons souligné, s'il n'a pas en tant que tel eu recours à l'intérêt de la victime, a énuméré les biens protégés pour définir le dommage¹⁰⁹.

16. À partir du XVI^e siècle, on commence à reconnaître à la personne lésée la possibilité, en matière de responsabilité civile, de faire valoir ses droits sans toutefois qu'un véritable lien entre droit subjectif et dommage soit encore clairement énoncé¹¹⁰. Ce lien va apparaître dans le courant du XIX^e siècle. En Suisse, les auteurs de doctrine commencent en effet à cette époque à définir le dommage comme la lésion d'un droit tandis qu'en France, dans un arrêt du 4 février 1868, la Cour de cassation laissait entrevoir que l'atteinte à un droit était constitutive d'un préjudice¹¹¹. La lésion d'un droit semblait donc être considérée, en France, comme une condition suffisante pour qu'il y ait dommage. Mais était-ce pour autant une condition nécessaire ? On aurait d'abord pu le croire, puisque, dans un arrêt du 16 avril 1859¹¹², la Cour de cassation française a considéré que l'intérêt purement moral ne permettait pas de donner lieu à une indemnisation. On en retrouvait également un écho en doctrine, puisque A. Sourdat estimait qu'il fallait une atteinte à un droit acquis pour pouvoir agir en réparation¹¹³. Il faisait également mention de la nécessité d'un intérêt, mais de manière cumulative, et renvoyait plutôt à une condition de recevabilité de l'action qu'à une définition du dommage¹¹⁴. Néanmoins, dès 1863, la Cour de cassation française n'a plus imposé une telle exigence et donnait au concept de dommage l'interprétation la plus large¹¹⁵ puisqu'elle considérait que « l'article 1382, en ordonnant en termes absolus, la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause

¹⁰⁷ B. WINIGER, *La responsabilité romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle-Francfort-sur-le Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, p. 144.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Paris, 1625, 2, 17, 2 et 15.

¹¹⁰ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Genève-Bâle-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 2002, p. 44.

¹¹¹ Cass. fr. (ch. req.), 4 février 1868, D., 1868, p. 272.

¹¹² Cass. fr. (ch. req.), 16 avril 1858, D., 1858, p. 295.

¹¹³ A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages et intérêts en dehors des contrats*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1872, pp. 24 et 32.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 37.

¹¹⁵ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 19, n° 9.

à autrui un dommage, ne limite en rien, ni la nature du fait dommageable, ni la nature du lien qui doit unir, en cas de décès, la victime du fait avec celui de ses ayants droit qui en demanderait réparation »¹¹⁶. La lésion d'un intérêt suffisait en vertu de cette jurisprudence¹¹⁷. Avant même le début du XX^e siècle, les deux thèses avaient donc déjà fait leur apparition dans la jurisprudence française.

B. La lésion du droit d'autrui dans la jurisprudence de la Cour de cassation belge : de la faute au dommage

17. Cette exigence d'une atteinte au droit d'autrui dans la mise en œuvre des articles 1382 et 1383 du Code civil va également apparaître dans la jurisprudence de la Cour de cassation belge au début du XX^e siècle. Néanmoins, il nous semble qu'elle était initialement envisagée sous l'angle de la faute plutôt que sous celui du dommage. La Cour paraît en effet considérer que, lorsqu'une personne lèse le droit d'autrui, elle commet alors une faute et est tenue de réparer le dommage qui découle de cette atteinte¹¹⁸. L'acte serait donc illicite parce qu'il porte atteinte au droit d'autrui et son auteur sera responsable du dommage causé par cet acte. Elle indiquera ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 1929¹¹⁹, que « la responsabilité n'existe que s'il est prouvé que le dommage résulte de la violation du droit par celui auquel elle est imputée ». Le dommage doit donc avoir été causé par la violation du droit.

18. Ensuite, la Cour de cassation va opérer un glissement de la lésion du droit d'autrui de la faute vers le dommage. Dans son arrêt du 21 mars 1935¹²⁰, elle précise que « toute lésion d'un droit civil, résultant d'un acte illicite, imputable à une personne quelle qu'elle soit, l'oblige à réparer le dommage ainsi causé ». Ce n'est donc plus le dommage qui résulte de la violation du droit d'autrui, mais la lésion d'un droit civil qui résulte de l'acte illicite. On pourrait donc y voir un déplacement de cette notion d'atteinte à un droit du giron de la faute vers celui du dommage ou, à tout le moins, une distinction opportune entre l'illicéité par l'origine et par le résultat. L'illicéité par l'origine concerne le fait générateur et touche à la norme de conduite. Elle doit être distinguée de l'illicéité par le résultat relatif au dommage. Notons également, comme le

¹¹⁶ Cass. fr. (ch. crim.), 20 février 1863, D., 1864, p. 99.

¹¹⁷ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1 « Les sources », 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 455.

¹¹⁸ Voy. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, p. 193 ; voy., également, les conclusions de l'avocat général LECLERCQ avant l'arrêt du 5 novembre 1920 (« il y a faute lorsqu'une obligation préexistante est violée ; il y aura violation d'une obligation préexistante lorsqu'un droit civil aura été lésé »), mais aussi avant l'arrêt du 17 novembre 1927, Cass. (2^e ch.), 17 novembre 1927, *Pas.*, 1928, p. 13 (« le propriétaire pourra, en vertu de l'article 1382, obtenir la réparation du dommage résultant de la lésion de son droit »), ainsi que sa note sous l'arrêt du 23 juin 1932, Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, p. 200 (« pour qu'il y ait responsabilité, il ne suffit ni d'une imprudence ni d'une blessure ; il faut que le droit d'autrui soit lésé et que cet acte illicite ait causé dommage au titulaire du droit »).

¹¹⁹ Cass. (1^{re} ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, p. 261.

¹²⁰ Cass. (1^{re} ch.), 21 mars 1935, *Pas.*, 1935, p. 194.

souligne R. O. Dalcq, que la Cour de cassation n'a pas précisé que « seule » la lésion d'un droit civil oblige à réparer le dommage causé¹²¹.

19. Ces arrêts préfigurent une évolution dans la jurisprudence de la Cour. La définition de la faute comme la lésion du droit d'autrui avait, en effet, été défendue par le procureur général Leclercq et par F. Laurent¹²². Elle trouvait par ailleurs un écho dans la jurisprudence de la Cour. Cette thèse a toutefois été abandonnée par la Cour de cassation estimant, à partir de 1948, que l'atteinte à un droit subjectif n'est ni une catégorie particulière d'acte objectivement illicite ni la violation d'une norme de comportement déterminée¹²³. Elle a néanmoins été à nouveau défendue en doctrine plus récemment¹²⁴. À notre estime, l'atteinte au droit d'autrui doit être du ressort du dommage et s'envisager comme une condition suffisante de celui-ci. Nous y reviendrons. La faute doit, quant à elle, s'envisager comme la violation d'une norme de conduite, formulée ou non. Elle doit correspondre à « faire une chose qu'on n'avait pas le droit de faire »¹²⁵, mais ne doit pas se confondre avec le droit d'autrui. Partant, la faute renvoie plutôt à la violation d'une règle de droit tandis que le dommage correspond à l'atteinte au droit d'autrui¹²⁶. La lésion du droit constitue ainsi l'un des aspects de la notion de faute¹²⁷ alors que la lésion d'un droit (d'autrui) est une condition (suffisante ; cf. *infra*, n° 70) du dommage. Les deux conditions doivent être distinguées et ne font pas référence aux mêmes réalités. Ainsi, même si une personne porte atteinte au droit d'autrui et qu'elle lui cause un dommage, elle ne commet pas pour autant un acte fautif, si aucune norme n'a été violée, si le fait n'est pas illicite¹²⁸.

¹²¹ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. I « Les causes de responsabilité », Bruxelles, Larcier, 1967, p. 278, n° 2891.

¹²² F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. XX, Bruxelles/Paris, Bruylant-Christophe et C^e/Librairie A. Maresq, 1878, n° 404 et voy. not. pour le Procureur général LECLERCQ, ses conclusions générales précédant Cass. (1^{re} ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, p. 261.

¹²³ Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 727 ; Cass. (1^{re} ch.), 16 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 66 ; Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 1953, *Pas.*, 1953, p. 857.

¹²⁴ Voy., à ce sujet, les références citées par T. Léonard ainsi que l'opinion défendue par l'auteur lui-même selon laquelle un lien doit exister entre la faute et l'atteinte au droit subjectif : T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 423 et pp. 465-468. Voy. également en France la thèse de S. Jean qui estime que la responsabilité civile sanctionne la violation du devoir général de ne pas porter atteinte à autrui et indique que la lésion d'un droit subjectif est le fait générateur dommageable même si elle précise également que le dommage matérialise le siège de l'atteinte (S. JEAN, *La protection des droits subjectifs par la responsabilité civile*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, Université Toulouse 1 Capitole, 2012 et not. p. 680).

¹²⁵ C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, Warée, 1825, p. 129.

¹²⁶ H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques. Académie royale de Belgique*, 1927, p. 69 ; J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 32.

¹²⁷ J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 125.

¹²⁸ C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, Warée, 1825, p. 134 ; J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 32.

C. Définition restrictive du dommage comme l'atteinte à un droit

20. L'exigence de l'atteinte à un droit pour définir le dommage ne ressort pas uniquement de la jurisprudence de la Cour de cassation belge de l'époque, mais a été également défendue en doctrine. Toullier, au début du XIX^e siècle, assimilait déjà le dommage à une atteinte aux droits personnels ou réels d'autrui¹²⁹. H. Rolin précise, quant à lui, qu'il doit s'agir d'un droit civil, c'est-à-dire un intérêt protégé par une action ou une exception¹³⁰. H. De Page est dans la même lignée puisqu'il définit le dommage comme le préjudice résultant de la lésion d'un droit civil¹³¹. J. Dabin a, lui aussi, défendu l'idée que la réparation nécessite l'atteinte à un droit¹³², mais donne une signification particulière au mot droit (cf. *infra*, n° 21). En France, nous avons rappelé que Sourdat défendait cette thèse partagée également par d'autres auteurs¹³³.

21. Encore faut-il s'entendre sur ce qui est visé par le mot « droit ». La jurisprudence de la Cour de cassation ne nous aide pas à répondre à la question puisqu'elle ne précise pas ce qu'elle entend par lésion d'un droit¹³⁴. Comme nous l'avons souligné, il nous semble qu'il ne doit pas s'agir du droit entendu comme l'ensemble des dispositions normatives. Il ne peut pas non plus être assimilé au droit à ne pas subir un préjudice sous peine d'aboutir à une pétition de principe^{135,136}. Définir le dommage comme la lésion du droit à ne pas subir de dommage n'a, en effet, aucun sens. Ces deux significations ayant été écartées, qu'entend-on dès lors par le mot « droit » ? Si on reprend la définition de R. von Jhering, le droit serait « l'expression d'un intérêt reconnu par

¹²⁹ C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, Warée, 1825, p. 134.

¹³⁰ H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques. Académie royale de Belgique*, 1927, p. 68.

¹³¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 946-947, n° 948-950.

¹³² J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 7.

¹³³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, t. IV, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 120 (estimant que le dommage existe même si le droit lésé n'était pas utilisé) ; N. DEJEAN DE LA BÂTIE (avec la coll. de Ch. AUBRY et Ch. FR. RAU), « Responsabilité délictuelle », in A. PONSARD et I. FADLALLAH (dir.), *Droit civil français*, 8^e éd., t. VI-2, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1989, § 443 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. XX, Bruxelles/Paris, Bruylant-Christophe et C^e/Librairie A. Maresq, 1878, p. 423 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI « Obligations », 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, p. 753 (ils font mention d'intérêt protégé par le droit).

¹³⁴ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 282, n° 2904.

¹³⁵ J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 11.

¹³⁶ Il convient par ailleurs de ne pas confondre le droit dont il est question dans la définition du dommage avec le droit consacré par l'article 1382 du Code civil. Comme le souligne J. Ronse, la sanction prévue à l'article 1382 à savoir l'indemnisation du dommage valide le droit de ne pas souffrir d'un dommage causé illicitement (J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, pp. 21-22, n° 17). Ce droit à réparation doit donc être distingué de celui qui est violé pour considérer que le demandeur a subi un dommage (voy. également P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1543, n° 1063).

le législateur comme méritant et demandant protection »¹³⁷. Par conséquent, ce qui distingue le droit du simple intérêt est le fait que le droit soit assorti d'une action en justice¹³⁸. Critiquant cette définition, J. Dabin proposait plutôt de définir le droit comme un lien d'appartenance entre la personne et le bien ou la valeur fixée par le droit positif¹³⁹. Ce lien permettrait de déterminer quels sont les intérêts dignes de protection. Le dommage s'assimilerait dès lors à la lésion d'un droit (subjectif)¹⁴⁰, l'atteinte à ce lien préexistant fondant les avantages matériels ou moraux dont le demandeur jouissait en fait. Notons que J. Dabin distingue le dommage du préjudice, ce dernier correspondant à la lésion d'un intérêt, à l'atteinte à un lien de jouissance¹⁴¹. Sans évidemment prétendre à l'exhaustivité dans le recensement des définitions du terme « droit » dans le cadre de la définition du dommage, force est de constater qu'elles divergent et que l'exercice est périlleux. Nous verrons que, dans le cadre de notre proposition de définition, nous maintenons la référence à l'atteinte à un droit entendu comme un droit subjectif et que nous nous référons, à cet égard, à la définition du droit subjectif donnée par T. Léonard dans sa thèse de doctorat (cf. *infra*, n° 68).

22. Au-delà de la définition, il convient également de s'interroger sur les avantages et inconvénients d'une telle théorie. J. Dabin avance deux arguments en faveur de cette définition. Selon lui, elle se justifie, d'une part, parce que « seule une situation juridique, appuyée sur un droit, s'impose au respect d'autrui » et, d'autre part, du fait que, « si toute lésion d'intérêt appelait réparation [...], maintes activités utiles à la société s'en trouveraient défranchies et paralysées »¹⁴². Elle permet ainsi de limiter le champ d'application de l'indemnisation fondée sur l'article 1382 du Code civil et d'éviter d'imposer une charge excessive à l'auteur de l'acte illicite¹⁴³. Une telle limitation peut toutefois également s'analyser comme un inconvénient. Elle contraste, en outre, avec la philosophie qui avait présidé à la rédaction du Code civil caractérisée par une conception très ouverte de la notion de dommage et par la volonté de le réparer quelle que soit sa forme¹⁴⁴. En effet, cette manière

de définir le dommage ajoute une exigence qui ne se retrouve pas dans l'article 1382 du Code civil et restreint de la sorte son champ d'application¹⁴⁵.

23. Limiter ainsi le dommage à la lésion d'un droit se rapproche de la conception allemande du dommage¹⁴⁶. Le Code civil allemand de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*), s'inspirant de l'ALR prussien¹⁴⁷, énumère en effet une liste de biens juridiquement protégés au paragraphe 823, 1. L'obligation de réparation est, dans cette disposition, limitée à l'atteinte à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui. Cette énumération légale est complétée par une énumération établie par la jurisprudence¹⁴⁸. On retrouve également une restriction aux dommages aux choses et aux corps au paragraphe 1834 du Code zurichois (*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich*), mais uniquement en cas d'infraction contre le droit civil, le paragraphe 1827 relatif aux infractions pénales et aux actes dolosifs visant n'importe quel dommage^{149,150}.

24. Même si les théories appliquées ne sont pas les mêmes, la jurisprudence belge de l'époque, en ayant recours à la lésion d'un droit, partageait donc la philosophie germanique. Telle était donc la position de la Cour de cassation belge au début du xx^e siècle. Qu'en était-il en France ? La situation était tout autre, puisque la Cour de cassation appliquait déjà la théorie de l'intérêt depuis la fin du xix^e siècle. En effet, dans la lignée de l'arrêt de 1863 relevé ci-avant, la jurisprudence de la Cour de cassation et des juridictions de fond estimait, jusque dans les années 1930, que la lésion d'un simple intérêt suffisait à condition qu'il soit légitime, même si la légitimité n'était pas appréciée de manière uniforme¹⁵¹. Dans un arrêt du 2 février 1931, elle précisa encore la notion d'intérêt dans le cadre d'un préjudice par

se retrouve également dans le Code civil bernois et puis dans le Code des obligations suisse à l'article 41, alinéa 1^{er} (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, pp. 280 et 479).

¹⁴⁵ R. O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 272, n° 2871 ; R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1935, p. 413.

¹⁴⁶ Pour rappel, l'abréviation « ALR » signifie *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Voy. J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, R.C.J.B., 1957, p. 102.

¹⁴⁷ Le titre 6 énumérait les biens juridiquement protégés : le corps, la liberté et le patrimoine (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 37).

¹⁴⁸ S. LORENZ, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://gerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288520_slorenz.pdf, p. 3 ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, p. 372 ; C. WITZ, *Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs*, vol. 1, Paris, Litec, 1992, p. 458 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 57.

¹⁴⁹ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 314.

¹⁵⁰ Si le droit allemand, tout comme le droit anglais, se rapproche de la théorie de la lésion d'un droit quant à la volonté d'introduire une certaine limitation, il ne l'applique pas pour autant puisqu'il a plutôt recours à une autre théorie, dite de la relativité aquilienne (voy. *supra*, note 105).

¹⁵¹ Voy. la jurisprudence de la Cour de cassation et des juges du fond citée par H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 104 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 22 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations. Tome 1. Les sources*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 455.

¹³⁷ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (traduit par O. DE MEULENAERE), 2^e éd., t. IV, Paris, A. Maresq Ainé Éditeur, 1880, § 71, p. 329.

¹³⁸ Cette conception était également défendue par H. DE PAGE estimant que le dommage est la lésion d'un droit consacré par les lois civiles et muni d'une action (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 947, n° 950).

¹³⁹ J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, pp. 14-17.

¹⁴⁰ Il définit le droit subjectif comme la prérogative concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû (J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 105).

¹⁴¹ J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, pp. 9 et 31.

¹⁴² *Ibid.*, pp. 9 et 15.

¹⁴³ J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, R.C.J.B., 1957, p. 102.

¹⁴⁴ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, pp. 78-79, 100, 126, 129. Cette même idée de considérer que toute forme de dommage est réparable

répercussion estimant qu'il fallait que « l'action en indemnité, intentée en raison du seul préjudice moral, soit fondée sur un intérêt d'affection né du lien de parenté ou d'alliance entre le demandeur et la victime »¹⁵². Voulaient ensuite réduire le nombre de préjudices réparables¹⁵³ et réagir aux excès de la jurisprudence antérieure¹⁵⁴, la Cour de cassation a ensuite défini, à partir de 1937, le dommage comme une atteinte à un intérêt légitime juridiquement protégé¹⁵⁵ (c'est-à-dire un droit), à tout le moins pour les victimes par ricochet¹⁵⁶, se mettant ainsi au diapason de son homologue belge. Dans son arrêt du 22 juillet 1937¹⁵⁷, la Cour précisera ainsi que « le demandeur d'une indemnité délictuelle ou quasi-délictuelle doit justifier non d'un dommage quelconque, mais de la lésion certaine d'un intérêt légitime, juridiquement protégé »¹⁵⁸. Elle reviendra toutefois ensuite à sa jurisprudence initiale, abandonnant la théorie de la lésion d'un droit¹⁵⁹ par un arrêt de principe du 27 février 1970¹⁶⁰. Par cet arrêt, la Cour décida que l'article 1382 du Code civil « ordonnant que l'auteur de tout fait ayant causé un dommage à autrui sera tenu de le réparer, n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation ». La lésion d'un

¹⁵² Cass. fr. (ch. crim.), 2 février 1931, D., 1931, p. 38.

¹⁵³ Voy., pour des illustrations de situations où l'indemnisation devait être écartée en application de cette jurisprudence : H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1962, pp. 103-117 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1 « Les sources », 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 456.

¹⁵⁴ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 20 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 21.

¹⁵⁵ Cass. fr. (ch. crim.), 13 février et 27 juillet 1937, D., 1938, p. 5 ; Cass. fr. (ch. civ.), 28 novembre 1938, D.H., 1939, p. 97 ; Cass. fr. (ch. civ.), 23 mai et 20 avril 1939, *Gaz. Pal.*, 1939, p. 268 ; Cass. fr. (ch. civ.), 22 février 1944, D., 1945, p. 293 ; Cass. fr. (ch. civ.), 21 octobre 1952, J.C.P., II, 7592 ; Cass. fr. (ch. civ.), 13 décembre 1961, *Bull. civ.*, n° 861 ; Cass. fr. (ch. civ.), 10 janvier 1963, D., 1963, p. 404 ; Cass. fr. (ch. civ.), 4 mars 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, p. 392.

¹⁵⁶ Voy., au sujet de l'évolution ultérieure de l'interprétation de cette notion pour les victimes par ricochet, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 111-114.

¹⁵⁷ Cass. fr. (ch. crim.), 13 février et 27 juillet 1937, D., 1938, p. 5.

¹⁵⁸ Cet arrêt pouvait être interprété de deux manières : soit on considérerait qu'il ne s'agissait pas d'un réel revirement de jurisprudence estimant que la protection juridique n'était que la répétition du caractère légitime, soit on voyait dans cet arrêt un véritable tournant dans la jurisprudence de la Cour. Voy., à cet égard, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 175 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 31 et s. ; H. MAZEAUD, « La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile », D., 1954, p. 39.

¹⁵⁹ La référence à l'intérêt légitime juridiquement protégé fut en effet interprétée comme équivalent à un droit muni d'action, voire un lien de droit (E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 20 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 20-22 ; H. MAZEAUD, « La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile », D., 1954, p. 42 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 128). La chambre civile avait néanmoins, déjà avant 1970, anticipé son retour à sa jurisprudence initiale en estimant que l'intérêt juridiquement protégé n'impliquait pas nécessairement l'existence d'un droit lésé (Cass. fr. (ch. civ.), 4 mars 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, p. 392 ; Cass. fr. (ch. civ.), 18 mars 1965, *Bull. civ.*, II, n° 289).

¹⁶⁰ Cass. fr. (ch. mixte), 27 février 1970, *Bull.*, 1970, p. 1 ; www.legifrance.fr. Avant cet arrêt, la chambre criminelle était déjà revenue à sa jurisprudence antérieure : Cass. fr. (ch. crim.), 2 mai 1952, J.C.P., 1953, II, 7592 ; Cass. fr. (ch. crim.), 16 décembre 1954, J.C.P., 1955, II, 8505 ; Cass. fr. (ch. crim.), 6 juillet 1955, J.C.P., 1955, II, 8917 ; Cass. fr. (ch. crim.), 20 janvier 1959, *Gaz. Pal.*, 1959, 1.210 ; Cass. fr. (ch. crim.), 24 février 1959, J.C.P., 1959, II, 11095.

simple intérêt légitime sera indemnisée¹⁶¹. La Cour de cassation belge fut toutefois plus précoce à cet égard, puisque cet abandon de la théorie de la lésion d'un droit fut amorcée dès la fin des années 1930.

§ 2. Lésion d'un intérêt stable et légitime

A. L'abandon de l'exigence d'une atteinte à un droit au profit de l'intérêt

25. L'arrêt du 16 janvier 1939 marque une étape importante dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative au dommage. S'il n'est pas constitutif d'un véritable revirement de jurisprudence¹⁶², puisque, comme relevé ci-avant (cf. *supra*, n° 18), la Cour ne précisait pas que seule la lésion du droit était constitutive d'un dommage, l'arrêt reste important en ce que la Cour s'est prononcée de manière explicite quant à l'abandon de l'exigence d'une atteinte à un droit, à tout le moins d'un droit muni d'une action¹⁶³. Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise que l'article 1382 oblige « l'auteur d'un fait illicite à réparer tout le dommage certain, autre que la privation d'un avantage illégitime, qui a été causé par ce fait », mais ne subordonne pas « à l'existence d'un tel droit¹⁶⁴ [muni d'action] l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite »¹⁶⁵. Si la question pouvait encore être posée à la lecture de l'arrêt du 21 mars 1935, le doute n'était alors plus permis. La victime ne doit pas démontrer que l'auteur a porté atteinte à un droit protégé par une action en justice pour pouvoir prétendre avoir subi un dommage. La preuve d'une lésion d'un intérêt légitime est nécessaire, mais suffisante¹⁶⁶. Dans le cadre de notre proposition de définition, nous maintiendrons le recours aux deux concepts : l'atteinte à un droit entendu comme un droit subjectif et la lésion d'un intérêt, mais encadré par la référence non à un simple intérêt, mais à un intérêt juridiquement protégé. Nous y adjoindrons la notion d'atteinte à une liberté (cf. *infra*, n°s 63 et s.).

26. Cette consécration de l'abandon de l'exigence d'un droit par la Cour de cassation n'était, en réalité, pas aussi franche qu'on pouvait le penser. En effet, dans un arrêt du 15 avril 1940, la Cour va indiquer qu'« il ne saurait y avoir de dommage au sens de ces articles [1382 et s.] sans atteinte à un droit¹⁶⁷ »¹⁶⁸. La Cour n'ignorait évidemment pas l'arrêt qu'elle avait rendu précédemment. Il est en effet précisé en note que, si, en vertu de l'arrêt du

¹⁶¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 176.

¹⁶² D. SIMOENS, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeoorsstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 17.

¹⁶³ R. O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 282, n° 2904.

¹⁶⁴ Nous soulignons.

¹⁶⁵ Cass. (2^e ch.), 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, p. 25.

¹⁶⁶ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.T., 2015, n° 6595, p. 15.

¹⁶⁷ Nous soulignons.

¹⁶⁸ Cass. (2^e ch.), 15 avril 1940, *Pas.*, 1940, p. 121.

16 janvier 1939, le dommage peut consister en la privation d'un avantage accordé à titre bénévole, c'est parce que celui qui en jouissait disposait d'un droit à ce qu'il n'y soit pas porté atteinte par un tiers. Nous avons souligné le caractère tautologique d'une telle définition du droit comme élément constitutif du dommage. Par ailleurs, cet arrêt a été critiqué en ce qu'il aurait plutôt dû envisager le problème sous l'angle de la causalité¹⁶⁹. Il a également été qualifié d'accident dans la jurisprudence de la Cour¹⁷⁰. Tel fut en effet le cas dès lors que la Cour confirmera sa jurisprudence précédente¹⁷¹ dans un arrêt du 28 octobre 1942 affirmant que le droit à réparation « n'est pas subordonné à l'existence dans le chef de la victime d'une obligation alimentaire légale ou conventionnelle envers la partie lésée »¹⁷². Dans la même lignée, elle précisera également que « la circonstance qu'une personne effectue une prestation sur une base volontaire n'empêche pas nécessairement que cette prestation puisse occasionner un dommage »¹⁷³. La première référence à la notion d'intérêt n'apparaîtra toutefois que bien plus tard, dans un arrêt du 15 février 1990, dans lequel la Cour précise que « la lésion d'un intérêt (légitime) donne ouverture à une action en réparation »¹⁷⁴.

27. À nouveau, l'abandon de l'exigence d'un droit au profit de l'intérêt ne ressort pas seulement de la jurisprudence de la Cour de cassation. De nombreux auteurs de doctrine ont également défendu cette théorie de la lésion d'un intérêt¹⁷⁵. Pour la plupart d'entre eux, cette défense trouve sa

¹⁶⁹ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 280, n° 2897.

¹⁷⁰ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 19, n° 14.

¹⁷¹ Même si elle réitérera son « accident » dans un arrêt du 19 mai 1952 en précisant que les lois sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail ne donnent pas à la notion de dommage fixée par les articles 1382 et suivants du Code civil une interprétation extensive excluant pour son application la nécessité de l'existence de la lésion d'un droit (Cass. [2^e ch.], 19 mai 1952, *Pas.*, 1952, p. 603). La Cour confond néanmoins à nouveau dans cet arrêt les notions de dommage et de causalité (R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 281, n° 2898).

¹⁷² Cass. (2^e ch.), 28 octobre 1942, *Pas.*, 1942, p. 261.

¹⁷³ Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 1857, concl. J. DU JARDIN, *Juristenkrant*, 2001, p. 1, *Pas.*, 2001, p. 1790, concl. J. DU JARDIN, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13703, *R.W.*, 2001-2002, p. 1466, concl. J. DU JARDIN, *Dr. circ.*, 2002, p. 213 ; Cass. (2^e ch.), 4 mars 2002, *Arr. Cass.*, 2002, p. 678, *Pas.*, 2002, p. 632, *J.L.M.B.*, 2004, p. 239, note J. WILDEMEERSCH, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13869, *R.W.*, 2004-2005, p. 136, note. Voy. l'arrêt du 2 mai 1955 pour des attendus similaires : « ce dommage ne suppose nullement l'existence dans le chef de la victime d'une obligation légale ou conventionnelle d'entretien à l'égard des préjudiciés », « ce dommage peut consister en la privation d'un avantage accordé à titre bénévole, mais dont le demandeur en réparation jouissait de manière stable » (Cass. [2^e ch.], 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, p. 950).

¹⁷⁴ Cass. (1^{re} ch.), 15 février 1990, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 776, *Bull.*, 1990, p. 694, *J.T.*, 1990, p. 216, note, *Not. Fisc. Maand.*, 1991, p. 150, note J. GERLO, *Pas.*, 1990, I, p. 694, n° 364, *R.G.A.R.*, 1990, n° 11658, note R. DALCQ, *R.R.D.*, 1990, p. 191, *R.W.*, 1990-1991, p. 339, note. On retrouve le même attendu dans un arrêt du 3 octobre 1997 : Cass. (1^{re} ch.), 3 octobre 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 921, *Bull.*, 1997, p. 965, *Pas.*, 1997, I, p. 965, n° 387, *R.W.*, 1998-1999, p. 1349. La référence à la lésion d'un intérêt peut également être pointée dans un arrêt du 16 juin 2014 : Cass. (3^e ch.), 16 juin 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 360, note, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15173, note, *Chron. D.S.*, 2014 (somm.), p. 316, note J. JACQMAIN.

¹⁷⁵ R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1935, pp. 413 et s. ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 18, n° 13 ; R. O. DALCQ,

source dans la critique formulée à l'encontre de la théorie de l'atteinte au droit¹⁷⁶. Ainsi, critiquant H. De Page et J. Dabin qui exigeaient l'existence d'une obligation préexistante pour définir le dommage, R. O. DALCQ insiste, quant à lui, sur le caractère créateur d'obligations de la responsabilité civile¹⁷⁷ pour écarter la théorie de l'atteinte à un droit. Selon cet auteur, l'article 1382 « peut donner naissance à une obligation de réparer et à un droit de créance corrélatif dans le chef de la victime, à partir d'une simple situation de fait, exclusive de toute lésion d'un droit préexistant. Cette situation de fait, c'est l'existence d'un dommage, c'est-à-dire la perte d'un avantage légitime »¹⁷⁸. R. PIRSON et A. DE VILLÉ ont également reproché à cette définition son manque d'équité en ce qu'elle permet à un tiers de priver une personne d'un avantage au motif qu'elle ne disposerait pas d'un droit au maintien de cet avantage¹⁷⁹. La critique de J. Van Ryn est moins sévère, celui-ci estimant seulement que la jurisprudence initiale de la Cour de cassation n'avait pour objectif que d'insister sur le caractère certain du dommage¹⁸⁰.

28. La théorie de la lésion d'un droit a également été critiquée par la doctrine française au profit de l'atteinte à un intérêt¹⁸¹. Certains auteurs estimaient ainsi que l'exigence d'une atteinte à un droit acquis se confond soit avec le caractère certain du dommage, soit avec sa légitimité, ou impliquerait la démonstration d'un lien avec la victime dans l'hypothèse des dommages par répercussion¹⁸². Il s'agirait dès lors d'une condition inutile, mais également

Traité de la responsabilité civile, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 287 ; J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 123 ; I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage. Rapport belge », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 450, n° 6 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1543, n° 1063.

¹⁷⁶ R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1935, pp. 413 et s. ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 18, n° 13 ; R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 287 ; J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 123.

¹⁷⁷ Il nous semble toutefois que cet effet créateur d'obligations sous l'angle du dommage est regrettable. Cette possibilité de créer une obligation de réparation dès que la victime peut démontrer qu'elle a perdu un avantage même légitime nous semble excessive. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille dénier à l'article 1382 tout effet créateur d'obligations. Ce caractère reste en effet souhaitable sous l'angle de la faute. Le fait que la faute ne se définisse pas uniquement comme la violation d'une norme de conduite formulée, mais également comme la violation du devoir général de prudence qui s'impose à tous, doit continuer à permettre au juge de reconnaître des obligations diverses, des manifestations de l'obligation générale de prudence.

¹⁷⁸ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, pp. 286-287, n° 2915-2916.

¹⁷⁹ R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1935, p. 415.

¹⁸⁰ J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 123.

¹⁸¹ Notons qu'en Suisse, le dommage ne doit pas non plus être nécessairement constitué par la lésion d'un droit (J. DROIN, « Peut-il y avoir lieu à réparation d'un dommage qui trouve sa source dans une situation illicite ou immorale ? Le concubinage constitue-t-il une telle situation ? », *La Semaine judiciaire*, 1979, p. 154). La théorie appliquée pour définir le dommage depuis 1938 n'est toutefois pas la lésion d'un intérêt, mais la théorie de la différence (cf. *infra*, n° 51).

¹⁸² H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 362, n° 276.

arbitraire et souvent injuste¹⁸³. L'atteinte à un droit acquis signifierait donc en réalité que le préjudice doit être certain et qu'il doit résulter de l'atteinte à un intérêt légitime¹⁸⁴. Il aboutirait également à ne permettre l'indemnisation que des préjudices de nature patrimoniale s'identifiant à un droit subjectif et accessoirement à certains droits subjectifs moraux¹⁸⁵. Le critère utilisé serait donc excessivement restrictif¹⁸⁶ et discriminatoire dans la détermination des victimes indemnisées¹⁸⁷. Pour reprendre une définition parmi d'autres, le dommage, selon les défenseurs français de la théorie de l'intérêt, devrait donc se définir comme « toute lésion d'un intérêt d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial subie par une personne et pouvant consister en une perte ou en un gain manqué »¹⁸⁸. C'est donc assez logiquement que cette définition du dommage se retrouve dans certains projets de codification français. Ainsi, dans le projet Catala, le dommage est défini comme la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif¹⁸⁹. Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017 indique également qu'est « réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial »¹⁹⁰.

29. La théorie de la lésion d'un intérêt n'est néanmoins pas fondée exclusivement sur les critiques formulées à l'encontre de la lésion d'un droit. Selon ses défenseurs, elle présente également plusieurs avantages. J. Ronse considère que, même si les rédacteurs du Code civil n'avaient pas envisagé une telle définition du dommage, la lésion d'un intérêt garantit la portée sociale de l'article 1382¹⁹¹. Elle permet, en outre, à la réparation intégrale de mieux exprimer ses vertus de souplesse, d'adaptation et de facilité d'application en n'excluant aucun préjudice *a priori*¹⁹². Cette thèse permet également de mieux fixer la limite des droits ou l'équilibre des intérêts¹⁹³, c'est-à-dire de fixer « d'utiles contrepoids à la puissance grandissante des acteurs modernes

¹⁸³ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 378.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 34.

¹⁸⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations. Tome 1. Les sources*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 460 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 128.

¹⁸⁷ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 41.

¹⁸⁸ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 117. Voy. également G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 25 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, p. 1.

¹⁸⁹ Art. 1343 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 C. civ.) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 C. civ.). Rapport à M. Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

¹⁹⁰ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

¹⁹¹ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, pp. 22-23.

¹⁹² I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage. Rapport belge », *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 450, n° 6.

¹⁹³ J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, R.C.J.B., 1947, pp. 123 et 126.

(entrepreneurs, automobilistes...) et à la gravité corrélative des risques qu'ils font subir à autrui »¹⁹⁴. Elle a enfin le mérite de la simplicité non seulement en raison de la notion même d'intérêt lésé indemnisable, mais également dans le choix des victimes indemnisées¹⁹⁵. Nous partageons en partie la reconnaissance de ces différentes vertus, raison pour laquelle nous considérons que la référence à un intérêt doit être maintenue, mais enserrée dans des limites plus strictes (*cf. infra*, n° 76 et s.).

B. Définition de l'intérêt et incidence sur la définition du dommage

30. Si cette notion d'intérêt remonte, nous l'avons vu, au droit romain et est largement utilisée, il est patent de constater qu'elle n'est pas définie de manière uniforme. De quel intérêt parle-t-on ? Pour certains auteurs¹⁹⁶, et cette conception semble être également celle de certains Romains comme Ulpien, l'intérêt est celui de ne pas subir un préjudice, de ne pas être blessé, de ne pas voir son bien endommagé. Comme J. Dabin le relevait à propos du droit, une telle définition du dommage comme l'atteinte à l'intérêt de la victime à ne pas souffrir le préjudice est pour le moins tautologique¹⁹⁷.

31. L'intérêt devrait plutôt être défini dans son sens courant, c'est-à-dire comme ce qui est avantageux pour quelqu'un¹⁹⁸. On retrouve d'ailleurs cette assimilation entre l'avantage et l'intérêt en doctrine¹⁹⁹ et dans certains arrêts de la Cour de cassation belge. En effet, J. Van Ryn précise que le dommage est la perte d'un avantage ou l'atteinte à un intérêt²⁰⁰. P. Van Ommeslaghe définit également le dommage comme « l'atteinte à un intérêt ou la perte d'un avantage quelconque, pour autant que celui-ci soit stable et légitime »²⁰¹. Dans le même ordre d'idées, P. Vanlersbergh indique que subir une atteinte à ses intérêts signifie souffrir d'une perte patrimoniale ou extrapatrimoniale²⁰². De la même manière, après avoir défini à plusieurs reprises le dommage comme la perte d'un avantage²⁰³, la Cour de cassation a récemment consacré

¹⁹⁴ F. OST, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 52.

¹⁹⁵ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 48.

¹⁹⁶ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 8, n° 5.2.

¹⁹⁷ J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 9, p. 31.

¹⁹⁸ www.larousse.fr.

¹⁹⁹ Voy. également, à ce sujet, la thèse de T. Léonard qui rappelle le sens usuel de l'intérêt mettant en évidence l'utilité, l'avantage, l'importance pour le porteur de l'intérêt et qui souligne le rapprochement entre ce sens usuel et les définitions données en doctrine au-delà même du domaine de la responsabilité civile (T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 247-252).

²⁰⁰ J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, R.C.J.B., 1947, p. 123.

²⁰¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1543, n° 1063.

²⁰² P. VANLERSBERGHE, « Commentaar bij art. 17 Ger. W. », in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, p. 14.

²⁰³ Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, p. 950 ; Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1998, *Pas.*, 1998, p. 762, n° 323, A.J.T., 1998-1999, p. 934, note DE L. GEYTER, *Arr. Cass.*, 1998, p. 720, *Bull.*, 1998, p. 762, R.W., 1998-1999, p. 543, T. Not., 1999, p. 393, J.J.P., 1999, p. 108 ; Cass. (2^e ch.), 14 mai 2003, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1163, concl. J. SPREUTELS, *Pas.*, 2003,

la synonymie entre intérêt et avantage dans un arrêt du 16 juin 2014 où elle indique que « le fait pour le demandeur en réparation de se trouver dans une situation illicite n'implique pas nécessairement qu'il ne puisse s'élargir de la lésion d'un intérêt ou de la privation d'un avantage²⁰⁴ légitime »²⁰⁵. Cette précision étant faite, la théorie de l'intérêt telle qu'entendue en droit belge, mais également en droit français²⁰⁶, ne met aucune limite quant au type d'intérêt^{207,208}. Pour autant qu'il soit légitime (et stable) (*cf. infra*), tout type d'intérêt violé est constitutif d'un dommage²⁰⁹.

32. Si la définition du dommage comme une atteinte à un droit a été critiquée pour son caractère restrictif, l'assimilation à la lésion d'un intérêt pêche par l'excès inverse²¹⁰. Le champ des intérêts étant beaucoup plus vaste²¹¹ que celui des droits subjectifs²¹², la notion de dommage en devient extrêmement large, amenant la Cour de cassation à constater l'existence d'un dommage, par exemple, en cas de décès pour les personnes vis-à-vis desquelles la victime n'avait pas d'obligation alimentaire, mais un « simple » lien d'affection, voire un simple intérêt économique²¹³. Le risque de dérive a été maintes fois dénoncé²¹⁴, même s'il n'est pas partagé par d'autres auteurs, tant en Belgique²¹⁵

p. 982, concl. J. SPREUTELS, R.W., 2005-2006, p. 743, J.L.M.B., 2003, p. 1493, NjW, 2003, p. 1155, note M. DE VOS, R.C.J.B., 2004, p. 135, concl. J. SPREUTELS, note J. KIRKPATRICK, R.G.A.R., 2003, n° 13767, concl. J. SPREUTELS, Bull. ass., 2003, p. 818, note P. GRAULUS, Dr. circ., 2003, p. 174.

²⁰⁴ Nous soulignons.

²⁰⁵ Cass. (3^e ch.), 16 juin 2014, J.T.T., 2014, p. 360, note, R.G.A.R., 2015, n° 15173, note ; Chron. D.S., 2014 (somm.), p. 316, note J. JACQMAIN.

²⁰⁶ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 159.

²⁰⁷ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.T., 2015, n° 6595, p. 15 ; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 310.

²⁰⁸ On pourrait trouver dans les écrits de Domat l'origine historique de cette vision très élargie du dommage en ce qu'il indiquait que « toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne [...] doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu » (M. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, t. 1, Paris, Nyon, 1777, p. 210). X. PRADÉL en déduit que Domat retenait déjà le principe de l'égalité réparation de tout intérêt lésé quelle que soit sa nature (X. PRADÉL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 52).

²⁰⁹ H. BOCKEN, J. BOONE et M. KRUTHOF (coll.), *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Bruges, die Keure, 2014, p. 51.

²¹⁰ L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 196 ; F. OST, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 52. En France : X. PRADÉL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 53 et pp. 102-132 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, Paris, PUF, 2013, p. 121 ; A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 20 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 20.

²¹¹ Voy. les exemples cités par J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 160.

²¹² F. OST, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 72.

²¹³ L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, pp. 193-194.

²¹⁴ Voy. à ce sujet, X. PRADÉL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 53 et 102-132.

²¹⁵ Voy. entre autres, J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, R.C.J.B., 1947, p. 125.

qu'en France²¹⁶, faisant confiance à la capacité de discernement des juges du fond. Afin de tempérer cet élargissement, la Cour de cassation a, dès son arrêt du 16 janvier 1939, exigé que l'avantage, l'intérêt auquel on porte atteinte soit légitime. Nous verrons que, si l'atteinte à un intérêt doit effectivement être encadrée, le critère du caractère juridiquement protégé doit, selon nous, être couplé à celui de légitimité²¹⁷. Notons qu'on reproche également à la théorie de l'intérêt de vouloir maintenir un état de fait antérieur qui est pourtant, par définition, précaire²¹⁸.

C. L'intérêt légitime

1. Définition de la légitimité

33. La légitimité est une notion « particulièrement fuyante »²¹⁹. On la définit parfois comme ce qui est contraire au droit²²⁰ ou à la loi²²¹. La Cour de cassation²²² la rapproche, quant à elle, généralement de l'ordre public²²³ et des bonnes mœurs²²⁴. La légitimité ne semble toutefois pas se

²¹⁶ Voy. not. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 377 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 175.

²¹⁷ Voy. à ce sujet, H. De Page, même s'il assimile le droit civil à l'intérêt juridiquement protégé alors que cette dernière catégorie est, selon nous, distincte et plus large.

²¹⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 952.

²¹⁹ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 158.

²²⁰ S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », R.D.J.P., 2000, p. 159 ; J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, R.C.J.B., 1957, p. 112.

²²¹ P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMAREDE), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 590 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 64 ; J. DROIN, « Peut-il y avoir lieu à réparation d'un dommage qui trouve sa source dans une situation illicite ou immorale ? Le concubinage constitue-t-il une telle situation ? », *La Semaine judiciaire*, 1979, p. 154.

²²² Cass. (1^{re} ch.), 2 mars 2006, Arr. Cass., 2006, p. 486, *Juristenkrant*, 2006 (reflet E. BREWAEYS), p. 4, NjW, 2006, p. 703, Pas., 2006, p. 483, R.W., 2007-2008 (somm.), p. 487, note, R.D.C., 2007, p. 253, note H. DE WULF : « Celui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public ou un avantage illicite n'a pas un intérêt légitime » ; Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, Arr. Cass., 1998, p. 407, Bull., 1998, p. 431, Pas., 1998, p. 431, n° 188, R.D.J.P., 1998, p. 129, R.W., 1998-1999, p. 502, note, T. Not., 2003, p. 460, R.G.D.C., 1999, p. 251, note D. SIMOENS : « quiconque vise uniquement le maintien d'une situation contraire à l'ordre public n'a pas un intérêt licite ». Cette assimilation est également faite en doctrine (voy. not. en Belgique : R. O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, n° 2919. En France : M. BACACHE-GIBELI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, p. 467, n° 398 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 64 ; P. LE TOURNEAU [avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMAREDE], *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 590, n° 1392).

²²³ Défini par la Cour de cassation comme ce qui « touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société » (Cass., 9 décembre 1948, Pas., 1948, p. 699).

²²⁴ Pour reprendre la définition de la Cour d'appel de Liège citée par P. Wéry dans son précis : « la notion de "bonnes mœurs" correspond à une morale coutumière, faite d'habitudes et de traditions d'un peuple [...] en évolution constante avec l'état d'esprit d'une civilisation » (Liège, 22 novembre 1979, J.L., 1980, p. 1 cité par P. WERY, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 302).

limiter à ces deux concepts²²⁵ dès lors qu'elle peut s'apprécier à l'égard d'intérêts privés^{226,227}, et ne renvoie pas nécessairement à des considérations morales²²⁸. Le caractère illégitime peut aussi résulter d'une atteinte à la dignité humaine²²⁹.

34. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation belge que cette notion d'intérêt légitime est susceptible d'intervenir à deux stades : celui de la recevabilité et celui du fondement²³⁰. Il en est de même en France²³¹. Ce n'est pas le cas en Allemagne, à tout le moins comme condition générale du préjudice^{232,233}. Nous allons examiner la manière dont elle est appréhendée sur ces deux terrains en tentant d'esquisser la portée que la notion devrait avoir et d'apprécier si son examen doit ou non avoir lieu à deux niveaux.

2. L'intérêt légitime comme condition de recevabilité de l'action

35. L'article 17 du Code judiciaire dispose que « l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former ». Le libellé de la disposition est laconique imposant à la doctrine à faire œuvre créatrice. Elle l'a fait de plusieurs manières. Tout d'abord, en mettant en évidence une autre condition à côté de la qualité et de l'intérêt, à savoir la capacité à agir²³⁴.

²²⁵ En France, on considère que la légitimité a trois composantes ajoutant la licéité à l'ordre public et aux bonnes mœurs (X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 137).

²²⁶ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 289.

²²⁷ Pour être légitime, l'intérêt ne peut reposer sur la violation des droits d'autrui (H. BOCKEN, I. BOONE et M. KRUTHOF [coll.], *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Bruges, die Keure, 2014, p. 56).

²²⁸ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 158.

²²⁹ G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », R.G.D.C., 2002, p. 92 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 158.

²³⁰ S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », R.D.J.P., 2000, p. 160 ; N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Antemis, 2016, n° 40.

²³¹ Même si le législateur a prévu l'exigence de légitimité au stade de la recevabilité (art. 31 du nouveau Code de procédure civile : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé »), certains arrêts de la Cour de cassation et certains auteurs défendent toutefois l'examen de cette condition au fond (X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 134-135).

²³² Certains auteurs considèrent qu'elle est intégrée au concept de préjudice indemnissable se fondant sur l'article 826 du BGB (X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 133). Toutefois, cette disposition ne concerne que l'hypothèse du dol, et il ne semble pas que cette condition soit imposée de manière générale.

²³³ En Suisse, le refus d'indemnisation des gains illicites est fondé sur la *causa turpis* de l'action ou sur la faute concomitante de la victime (J. DROIN, « Peut-il y avoir lieu à réparation d'un dommage qui trouve sa source dans une situation illicite ou immorale ? Le concubinage constitue-t-il une telle situation ? », *La Semaine judiciaire*, 1979, pp. 149-151).

²³⁴ Voy. not., à ce sujet, S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », R.D.J.P., 2000, pp. 155-156.

Ensuite et surtout, en définissant la notion d'intérêt au sens de l'article 17, la jurisprudence n'ayant pas apporté de réponse à ce sujet²³⁵.

36. De nombreux auteurs ont dès lors proposé une définition de cette condition. Nous n'en reprendrons que quelques-unes²³⁶. L'intérêt à agir a notamment été défini comme « tout avantage matériel ou moral, effectif, mais non théorique, que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme »^{237, 238}, « l'utilité que présente pour celui qui agit la mesure qu'il sollicite »²³⁹ ou encore comme le « résultat, l'avantage que recherche le demandeur en soumettant au juge la prétention dont il souhaite entendre reconnaître le bien-fondé »²⁴⁰. Même si la notion d'avantage²⁴¹ est commune avec les définitions mises en évidence à propos de la définition du dommage, l'intérêt comme condition de recevabilité de l'action est une notion indépendante et ne doit pas être confondu avec le dommage²⁴². L'intérêt n'est pas le même. J.-S. Borghetti explique de manière éclairante la différence entre les deux notions. Dans le cadre du dommage, « l'intérêt lésé, par définition, préexiste à la lésion qui constitue elle-même en principe un préalable à la formulation de la prétention et à l'exercice de l'action en justice. Il ne peut donc se confondre avec l'intérêt du demandeur au succès de la prétention, qui ne naît qu'avec l'apparition du litige »²⁴³.

37. Si le législateur n'a pas défini la notion d'intérêt au sens de l'article 17, il n'a en outre pas été exhaustif quant aux caractéristiques que cet intérêt doit

²³⁵ J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », *Jura Falc.*, 1987-1988, p. 20.

²³⁶ Voy. pour d'autres définitions : T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 206 ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », *Jura Falc.*, 1987-1988, pp. 20 et 21 ou encore P. VANLERSBERGHE, « Commentaar bij art. 17 Ger. W. », in *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, p. 15. P. Vanlensberghe estime qu'il existe un point de désaccord entre les différentes définitions à savoir l'exigence de l'invocation d'un droit comme condition de l'intérêt au sens de l'article 17. Cet auteur est en faveur de cette exigence se fondant notamment sur l'article 18 du Code judiciaire et sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Voy. également, en ce sens, S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », R.D.J.P., 2000, pp. 156 et 158.

²³⁷ C. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, Bruxelles, 1964, p. 41.

²³⁸ Cette définition a été reprise dans le rapport du nom de cet auteur sur la réforme judiciaire (I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 71).

²³⁹ J. VAN COMPENOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972, p. 383.

²⁴⁰ E. GUTT et J. LINSMEAU, « Examen de jurisprudence (1971 à 1978). Droit judiciaire privé », R.C.J.B., 1980, p. 418.

²⁴¹ H. MAZEAUD, « La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile », D., 1954, p. 41.

²⁴² T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 209 ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », *Jura Falc.*, 1987-1988, p. 21.

²⁴³ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 157.

revêtir. Il laisse donc le lecteur dans une certaine incertitude²⁴⁴. L'article 18 prévoit uniquement que l'intérêt doit être né et actuel. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour de cassation que l'intérêt doit être propre, c'est-à-dire direct et personnel²⁴⁵, mais également légitime. Cette exigence de légitimité ressort d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1998²⁴⁶. Dans cet arrêt, confirmé par la suite, la Cour, après avoir rappelé le prescrit de l'article 17, précise que la violation d'un intérêt ne peut donner lieu à une demande tendant à des dommages et intérêts que si l'intérêt est licite²⁴⁷. Elle précisera également que quiconque vise uniquement le maintien d'une situation contraire à l'ordre public n'a pas un intérêt licite²⁴⁸. Dans ces arrêts, la Cour place donc l'exigence de légitimité sur le terrain de la recevabilité²⁴⁹.

3. L'intérêt légitime comme élément de définition du dommage

38. La légitimité n'intervient pas uniquement au stade de la recevabilité de l'action, nous l'avons rappelé, mais également comme élément constitutif de la définition du dommage. En effet, dès qu'elle a décidé d'abandonner la lésion d'un droit au profit de l'atteinte à un intérêt²⁵⁰, la Cour de cassation a imposé une condition de légitimité²⁵¹. Dans son arrêt du 16 janvier 1939, la Cour de cassation précise que l'article 1382 oblige « l'auteur d'un fait illicite à réparer tout le dommage certain, autre que la privation d'un avantage

²⁴⁴ P.A. FORTIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité. Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Droits des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Coll. UB³, vol. 50, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 36.

²⁴⁵ Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, p. 338 ; *Arr. Cass.*, 1982-83, p. 372, concl. E. KRINGS ; *Bull.*, 1983, p. 338 ; *Jura Falc.*, 1982-1983, p. 423, note D. DE GREEF ; *R.W.*, 1983-1984, p. 2029, note J. LAENENS ; *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 18.

²⁴⁶ Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 407 ; *Bull.*, 1998, p. 431 ; *Pas.*, 1998, p. 431, n° 188 ; *R.D.J.P.*, 1998, p. 129 ; *R.W.*, 1998-1999, p. 502, note, T. Not., 2003, p. 460 ; *R.G.D.C.*, 1999, p. 251, note D. SIMOENS.

²⁴⁷ Cass. (2^e ch.), 7 octobre 2003, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1829, *NjW*, 2004, p. 660, *Pas.*, 2003, p. 1562, *T.M.R.*, 2004, p. 551, *T.R.O.S.*, 2004, p. 273, note D. LINDEMANS ; Cass. (1^{re} ch.), 14 mai 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 852, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1084, *Pas.*, 2004, p. 824, mais aussi Cass. (1^{re} ch.), 6 juin 2008, *NjW*, 2008, p. 927, note I. BOONE, *Pas.*, 2008, p. 1430, *R.W.*, 2010-2011 (somm.), p. 61 ou Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 2013, *Arr. Cass.*, 2013, p. 1644, *Pas.*, 2013, p. 1502, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15075, note, *R.W.*, 2014-2015 (somm.), p. 663, *R.D.J.P.*, 2014, p. 10 précisant que la légitimité de l'intérêt s'apprécie au moment de la survenance du fait dommageable.

²⁴⁸ Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 407, *Bull.*, 1998, p. 431, *Pas.*, 1998, p. 431, n° 188, *R.D.J.P.*, 1998, p. 129, *R.W.*, 1998-1999, p. 502, note, T. Not., 2003, p. 460, *R.G.D.C.*, 1999, p. 251, note D. SIMOENS ; Cass. (1^{re} ch.), 2 mars 2006, *Arr. Cass.*, 2006, p. 486, *Juristenkrant*, 2006 (reflet E. BREWAEYS), p. 4, *NjW*, 2006, p. 703, *Pas.*, 2006, p. 483, *R.W.*, 2007-2008 (somm.), p. 487, note, *R.D.C.*, 2007, p. 253, note H. DE WULF. Voy. également l'arrêt du 8 novembre 2001 décidant que le moyen pris notamment de la violation de l'article 17 du Code judiciaire manque en droit, car « la demande qui tend à obtenir le remboursement des frais de travaux requérant la délivrance d'un permis, mais exécutés sans permis, ne vise pas à maintenir une situation illégale » (Cass. [1^{re} ch.], 8 novembre 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 1881, *Pas.*, 2001, p. 1815, *R.W.*, 2002-2003, p. 1464).

²⁴⁹ I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 75.

²⁵⁰ Lorsque le dommage est défini comme l'atteinte à un droit, la notion de légitimité n'intervient pas ou n'est, en tous cas, pas nécessaire (J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, p. 10).

²⁵¹ La Cour a également imposé par cet arrêt que l'avantage soit certain (J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 29).

illégitime²⁵², qui a été causé par ce fait »²⁵³. Elle précisera encore, dans un arrêt du 3 octobre 1997, qu'« en matière de responsabilité extra-contractuelle, la lésion d'un intérêt ne peut donner ouverture à une action en réparation qu'à la condition qu'il s'agisse d'un intérêt légitime »²⁵⁴. En France, dans le projet Catala²⁵⁵ tout comme dans le projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017²⁵⁶, cette exigence de licéité de l'intérêt a été reprise dans la définition du dommage.

39. Imposer que l'intérêt violé soit légitime se justifie, selon R. O. DALCQ par la volonté de ne pas attacher d'effet juridique à une situation contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁵⁷. Il s'agirait dès lors, selon certains auteurs, d'une application du principe *nemo auditur suam turpitudinem allegans*^{258,259}.

40. L'exigence de légitimité peut également s'analyser comme un moyen de filtrer les demandes d'indemnisation lors de l'examen du fondement de celles-ci²⁶⁰. La nature des relations unissant la personne demandant l'indemnisation de son dommage et la victime directe de la faute a, pendant de nombreuses années, été examinée à l'aune de la légitimité pour justifier un refus d'indemnisation. Ainsi les concubins voyaient leur demande rejetée

²⁵² Nous soulignons.

²⁵³ Cass. (2^e ch.), 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, p. 25 confirmé par Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, p. 950 ; Cass. (2^e ch.), 4 septembre 1972, *Pas.*, 1973, p. 1 ; Cass. (2^e ch.), 17 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 999 ; Cass. (2^e ch.), 19 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 472 et Cass. (2^e ch.), 14 mai 2003, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1163, concl. J. SPREUTELS, *Pas.*, 2003, p. 982, concl. J. SPREUTELS, *R.W.*, 2005-2006, p. 743, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1493, *NjW*, 2003, p. 1155, note M. DE VOS, *R.C.J.B.*, 2004, p. 135, concl. J. SPREUTELS, note J. KIRKPATRICK, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13767, concl. J. SPREUTELS, *Bull. ass.*, 2003, p. 818, note P. GRAULUS, *Dr. circ.*, 2003, p. 174 ; Cass. (1^{re} ch.), 4 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 530, concl. J. GENICOT, note.

²⁵⁴ Cass. (1^{re} ch.), 3 octobre 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 921, *Bull.*, 1997, p. 965, *Pas.*, 1997, I, p. 965, n° 387, *R.W.*, 1998-1999, p. 1349.

²⁵⁵ Art. 1343 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 C. civ.) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 C. civ.). Rapport à M. Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf.

²⁵⁶ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

²⁵⁷ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 287.

²⁵⁸ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 39 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 71. En France, mais avant l'arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2004 (cf. note suivante) : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 65. *Contra* : B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaider pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

²⁵⁹ En France, la Cour de cassation a, au contraire, énoncé que cet adage était « étranger aux règles de la responsabilité délictuelle » Voy. not. Cass. fr. (ch. civ.), 22 juin 2004, *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 503, note J. MESTRE et B. FAGES. À ce sujet, voy. X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 183.

²⁶⁰ Elle permet en effet de faire le tri pour déterminer les intérêts lésés indemnisables (X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 136 ; L. CADIEU, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier*, Paris, PUF, 1997, p. 40 ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 165).

pour ce motif²⁶¹. La jurisprudence et la doctrine considéraient que la concubine ou le concubin qui demandait réparation se prévalait d'une atteinte à un intérêt qualifié d'illégitime parce que contraire aux règles du droit civil qui gouvernent l'organisation de la famille²⁶² ou parce que le concubinage constitue une faute sur le plan juridique²⁶³. Avec le temps et l'évolution des mentalités, elles se sont montrées plus indulgentes avec le « simple » concubinage^{264,265}, maintenant toutefois une attitude sévère à l'égard des concubins adultérins^{266,267}. Après la dépénalisation de l'adultère²⁶⁸, la Cour de cassation a ensuite opéré un revirement de jurisprudence sous l'impulsion de certains auteurs de doctrine²⁶⁹ en précisant que, « si l'époux qui se prétend offensé peut se prévaloir du caractère illicite des relations entretenues par son conjoint, il n'appartient pas à l'auteur responsable du décès de celui-ci de faire valoir cet élément pour se soustraire aux conséquences civiles de sa faute »²⁷⁰.

²⁶¹ En Belgique : Cass. (2^e ch.), 21 avril 1958, *Pas.*, 1958, p. 921. Le concubin dont la compagne est décédée dans un accident de roulage ne peut réclamer l'indemnisation de son dommage moral au motif que « le dommage résultant de l'atteinte portée aux sentiments d'affection que se vouent des concubins ne constitue pas la privation d'un avantage légitime ». En France, Cass. fr. (ch. crim.), 13 février et 27 juillet 1937, *D.*, 1938, p. 5. Voy. not. Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 115 note J. VAN RYN ;

²⁶² H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 379.

²⁶³ La Cour de cassation a ainsi tout d'abord indiqué que le fait que la personne qui demandait une indemnisation n'avait contracté avec la victime qu'un mariage religieux ne rend pas nécessairement illégitime l'avantage que la femme qui l'a contracté retire de la vie en commun (Cass. [2^e ch.], 26 juin 1967, *Pas.*, 1967, p. 1260). Ensuite sans se prononcer expressément sur le caractère légitime de l'intérêt, la Cour a rejeté le pourvoi contre une décision qui avait admis l'indemnisation du dommage subi par une personne qui était fiancée à la victime décédée et qui avait dès lors perdu le droit de se marier avec la personne de son choix (Cass. [2^e ch.], 30 novembre 1981, *Pas.*, 1982, p. 437).

²⁶⁴ À partir des années 1990, la théorie de l'intérêt illégitime n'a plus été invoquée pour refuser la demande des concubins (D. SIMOENS, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 47). En France, l'admission de la légitimité remonte à 1970 : Cass. fr. (ch. mixte), 27 février 1970, *Bull.*, 1970, p. 1 ; www.legifrance.fr, voir même à 1958 (Cass. fr. (ch. crim.), 26 juin 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, p. 160) ou 1959 (Cass. fr. (ch. crim.), 24 février 1959, *Gaz. Pal.*, 1959, p. 277). Pour la jurisprudence du Conseil d'État, voy. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1 « Les sources », 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 458.

²⁶⁵ Cass. (2^e ch.), 19 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 472 : la cour estime que la relation de concubinage que la défenderesse qui était toujours mariée entretenait depuis une dizaine d'années avec la victime allait à l'encontre de ses obligations résultant d'un mariage existant et violait dès lors les dispositions légales d'ordre public. La fin mise à ces relations ne peut constituer la perte d'un avantage légitime.

²⁶⁶ Voy., à cet égard, E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, pp. 121-125 et les références citées, mais aussi P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1545-1546.

²⁶⁷ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, p. 636.

²⁶⁸ J. KIRKPATRICK, « Lorsqu'un délit a causé une incapacité de travail, la victime peut-elle obtenir la réparation du dommage résultant de la privation de revenus professionnels non déclarés au fisc ? », note sous Cass. (2^e ch.), 14 mai 2003, *R.C.J.B.*, 2004, p. 156.

²⁶⁹ Cass. (2^e ch.), 1^{er} février 1989, *Arr. Cass.*, 1988-1989, p. 654, *Bull.*, 1989, p. 582, avis R. DECLERCQ, *J.L.M.B.*, 1989, p. 720, *J.T.*, 1989, p. 354 ; Not. *Fisc. Maand.*, 1991, p. 149, note J. GERLO, *Pas.*, 1989, I, p. 582, avis R. DECLERCQ, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11517, avis R. DECLERCQ, note R. DALCO, *R.R.D.*, 1989, p. 303, *Rev. dr. pén.*, 1989, p. 435, note J.S. Confirmé par Cass., 15 février 1989, *R.R.D.*, 1990, p. 191 ; Cass. (1^{re} ch.), 15 février 1990, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 776, *Bull.*, 1990, p. 694, *J.T.*, 1990, p. 216, note, Not. *Fisc. Maand.*, 1991, p. 150, note J. GERLO, *Pas.*, 1990, I, p. 694, n° 364, *R.G.A.R.*, 1990, n° 11658, note R. DALCO, *R.R.D.*, 1990, p. 191, *R.W.*, 1990-1991,

La légitimité n'a toutefois pas été uniquement utilisée pour refuser toute indemnisation à certains demandeurs compte tenu de leur situation²⁷¹, mais également pour écarter certains types de dommage²⁷². Ainsi, dans un arrêt abondamment commenté du 14 mai 2003, la Cour de cassation a indiqué que « la perception de rémunérations provenant d'un travail au noir constitue, en règle, un avantage illicite dont la perte ne peut donner lieu à réparation »^{273,274}. Cet arrêt a été critiqué en doctrine en ce que des revenus non déclarés ne sont pas des revenus perçus illicitement^{275,276}. Il faut néanmoins tout d'abord noter l'utilisation par la Cour de la formule « en règle » démontrant qu'elle n'a pas voulu adopter une formulation absolue²⁷⁷. Par ailleurs, s'il est vrai que la législation fiscale n'interdit pas au contribuable de faire état de revenus supérieurs aux revenus déclarés dans le cadre de l'évaluation du dommage que leur cause l'atteinte à leur capacité de travail²⁷⁸, l'arrêt dont pourvoi ne s'est pas fondé sur les règles fiscales, mais bien sur des règles sociales pour fonder sa décision²⁷⁹. Sous cet angle, l'arrêt peut donc se comprendre, même si la formulation de la Cour n'est pas la plus heureuse²⁸⁰.

p. 339, note. En France : Cass. fr. (ch. crim.), 19 juin 1975, n° de pourvoi : 74-92363, *Bull.*, 1975, p. 446, www.legifrance.fr.

²⁷¹ Voy. également les motifs du refus d'indemnisation à l'origine de l'arrêt du 3 octobre 1997 : une dame s'est vu refuser la réparation du dommage résultant de la pollution causée à des bassins et étangs en raison du fait que l'eau qui les alimentait avait été captée illégalement (Cass. [1^{re} ch.], 3 octobre 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 921 ; *Bull.*, 1997, p. 965 ; *Pas.*, 1997, I, p. 965, n° 387 ; *R.W.*, 1998-1999, p. 1349). Notons par ailleurs que l'illégitimité de l'intérêt ne pourrait pas être invoquée à l'heure actuelle pour refuser l'indemnisation à un conjoint ou un concubin homosexuel (voy. en France : TGI Belfort, 25 juillet 1995, *JCP*, 1996, p. 22727, note C. PAULIN).

²⁷² P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUmarede), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 590, n° 1392.

²⁷³ Cass. (2^e ch.), 14 mai 2003, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1163, concl. J. SPREUTELS, *Pas.*, 2003, p. 982, concl. J. SPREUTELS, *R.W.*, 2005-2006, p. 743, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1493, *NjW*, 2003, p. 1155, note DE VOS, M., *R.C.J.B.*, 2004, p. 135, concl. J. SPREUTELS, note J. KIRKPATRICK, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13767, concl. J. SPREUTELS, *Bull. Ass.*, 2003, p. 818, note P. GRAULUS, *Dr. circ.*, 2003, p. 174.

²⁷⁴ Voy., dans le même sens, en France : Cass. fr. (ch. civ.), 24 janvier 2002, *D.*, 2002, jur., p. 2559, note D. MAZEAUD. Pour d'autres applications de préjudices économiques illicites, voy. X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 180-192 ; M. BACACHE-GIBEIL, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 406.

²⁷⁵ D. DE CALLATAÏ, « Questions particulières en rapport avec l'évaluation du préjudice matériel résultant d'une blessure ou d'un décès », in D. DE CALLATAÏ, T. PAPART et N. SIMAR (dir.), *Actualités en droit de la responsabilité*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 6.

²⁷⁶ L'observation convainc et il en serait, p. ex., tout autrement s'il s'était agi de la cargaison d'un trafiquant de drogue victime d'un accident de la circulation. R. Jafferli note toutefois que cette sanction civile ne sera pas nécessairement indispensable si les sanctions pénales sont appliquées (R. Jafferli, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, p. 262).

²⁷⁷ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, p. 637.

²⁷⁸ J. KIRKPATRICK, « Lorsqu'un délit a causé une incapacité de travail, la victime peut-elle obtenir la réparation du dommage résultant de la privation de revenus professionnels non déclarés au fisc ? », note sous Cass. (2^e ch.), 14 mai 2003, *R.C.J.B.*, 2004, p. 156.

²⁷⁹ I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 81.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 82.

41. Un dernier arrêt récent de la Cour de cassation relatif à ce qu'on appelle le « wrongful pregnancy »²⁸¹ ou « wrongful conception »²⁸² mérite enfin quelques développements sous l'angle de la légitimité. Il s'agit d'un arrêt du 17 octobre 2016²⁸³ (R.G. n° C.09.0414.F)²⁸⁴ qui donne pour la première fois à la Cour de cassation l'occasion de se prononcer sur le sujet. Les faits à l'origine de l'arrêt sont les suivants. Une dame subit une interruption volontaire de grossesse qui est réalisée par deux médecins. Quelques jours plus tard, le laboratoire en charge de l'analyse anatomopathologique avertit le service de gynécologie de l'hôpital de l'absence de tissu fœtal dans les prélèvements et donc de l'échec de l'IVG. Néanmoins, ni l'hôpital ni les médecins n'avertissent la patiente. Ce n'est que deux mois plus tard, soit après l'expiration du délai légal pour pratiquer une IVG, que la patiente découvre, à l'occasion d'une échographie, qu'elle est toujours enceinte. Elle accouchera quelques mois plus tard d'une petite fille en bonne santé. Elle assigne l'établissement hospitalier et son assureur sollicitant l'indemnisation de plusieurs types de dommages qui concernent, d'une part, le fait d'avoir été contrainte de mener la grossesse jusqu'à son terme et, d'autre part, les frais et le dommage moral consécutifs à la naissance de son enfant. La cour d'appel confirmant le premier jugement considéra comme établis la faute de l'établissement hospitalier et le lien de causalité avec le dommage indemnisable, mais limita ce dernier au dommage relatif à la grossesse, écartant celui consécutif à la naissance. La Cour de cassation rejeta le pourvoi. Après avoir rappelé que « le dommage consiste en l'atteinte à tout intérêt ou en la perte de tout avantage légitime » et qu'« il suppose que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant », la Cour indique que, « [d]ès lors que la naissance d'un enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice, même si la naissance est survenue après l'échec d'une intervention pratiquée en vue de l'interruption de la grossesse, la cour d'appel a pu, sans violer la notion légale de dommage ni dénier la légitimité de l'intérêt qu'invoquait la demanderesse, déduire de cette constatation que les charges financières, les difficultés relationnelles prévisibles et les efforts accrus entraînés par cette naissance ne la plaçaient pas dans une situation moins favorable que celle qu'elle connaissait avant la commission du fait illicite ». La Cour de cassation reconnaît donc la légitimité de l'intérêt de la mère dans cette hypothèse²⁸⁵ et se fonde plutôt sur la théorie de la différence, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, pour refuser une partie du

²⁸¹ Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, pp. 660 ; G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 81.

²⁸² X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 149.

²⁸³ Cass. (3^e ch.), 17 octobre 2016, R.G. n° C.09.0414.F/1, R.G.A.R., 2017, n° 15389, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 299, note G. GENICOT.

²⁸⁴ La précision du numéro de rôle général est importante, car la Cour a rendu le même jour un autre arrêt dans une problématique proche. Elle est toutefois distincte, puisque cet autre arrêt concerne la naissance et la vie préjudiciables (*wrongful birth* et *wrongful life* – cf. *infra*, n° 48 et s.).

²⁸⁵ En ce sens, voy. également : F. KÉFER, « La naissance d'un enfant après échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice », note sous Riom (1^{er} ch.), 6 juillet 1989, *J.T.*, 1990, p. 646.

dommage réclamé. L'admission du principe est donc confirmée, mais l'ampleur du dommage indemnisable est limitée²⁸⁶. Notons qu'avant cela, le Tribunal de première instance de Courtrai reconnaissait déjà, dans une espèce comparable relative à l'échec d'une stérilisation, que la demande des parents à la suite de cet échec, mais aussi à la suite de la naissance de l'enfant non souhaité « n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs »²⁸⁷. Toutefois, à la différence de l'arrêt dont pourvoi, le Tribunal de Courtrai avait admis l'indemnisation du préjudice lié à la naissance en le limitant au seul dommage matériel. L'indemnisation du préjudice moral fut écartée au motif qu'il faut tenir compte des avantages issus de la naissance²⁸⁸. La jurisprudence belge est manifestement mal à l'aise vis-à-vis de la réparation des dommages induits de la naissance d'un enfant en bonne santé. Néanmoins, elle n'entend pas utiliser le critère de la légitimité pour l'écarter ou la limiter.

En France, tant la Cour de cassation que le Conseil d'État se sont prononcés sur la question. Les deux cours suprêmes ont rejeté les griefs à l'encontre des décisions de fond ayant refusé l'indemnisation du préjudice. Les deux juridictions n'écartent toutefois pas complètement toute demande. Le Conseil d'État indique en effet qu'un droit à réparation pourrait être reconnu à la mère si, en cas d'échec de l'interruption de grossesse, elle peut invoquer des circonstances ou une situation particulières²⁸⁹. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation estime que la mère ne peut réclamer une indemnité que si elle fait état d'un dommage particulier telle une souffrance morale certaine qui s'ajouterait aux charges normales de la maternité²⁹⁰. Même si la légitimité de l'intérêt n'est pas explicitement mentionnée, certains auteurs estiment que tel est bien le motif sous-jacent, puisque les décisions sont manifestement fondées sur un jugement moral²⁹¹. D'autres invoquent plutôt le caractère incertain du dommage pour expliquer cette jurisprudence²⁹². En tout état de cause, l'action ne sera admise que dans des circonstances particulières²⁹³.

²⁸⁶ G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 308.

²⁸⁷ Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *R.W.*, 1988-1989, p. 1171, n° 35.

²⁸⁸ Voy. également en faveur de l'indemnisation du préjudice moral dans le chef des parents : Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 234, note T. VANSWEEVELT.

²⁸⁹ C.E., 2 juillet 1982, *D.*, 1984, p. 425.

²⁹⁰ Cass. fr. (ch. civ.), 25 juin 1991, *D.*, 1991, p. 566.

²⁹¹ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 145 ; M. BACACHE-GIBELI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 403 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 766, n° 706 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 115.

²⁹² P. JOURDAIN, « Responsabilité civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, p. 755.

²⁹³ Pour certains auteurs, ces circonstances particulières seraient la naissance d'un enfant handicapé. La souffrance morale de la mère dans l'hypothèse d'un enfant en bonne santé ne serait pas un préjudice réparable car l'intérêt à ne pas vouloir d'enfant ne serait pas un intérêt protégé par le droit (FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, Paris, PUF, 2013, p. 167). Pour d'autres, les circonstances particulières pourraient, p. ex., être un viol ou un inceste : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 29. Voy. également M. BACACHE-GIBELI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 404.

La jurisprudence anglaise semble plus favorable à ce sujet, car non seulement elle admet, et ce, depuis 1974, l'action en « wrongful conception »²⁹⁴, mais est, au surplus, plus généreuse quant aux postes de préjudices réparables. Dans l'arrêt *Sciuriaga c. Powell*, des dommages et intérêts ont été accordés en raison d'un manquement contractuel pour la douleur et la souffrance de la mère, mais également pour des pertes réelles et futures de revenus et pour la diminution des perspectives de mariage. Rien n'a été accordé en tant que tel pour le « maintien » de l'enfant, mais il ne ressort pas de l'arrêt qu'une telle demande aurait été formulée par la mère²⁹⁵. Dix ans plus tard, la Cour suprême prit encore plus clairement position en affirmant qu'aucune règle de politique publique n'interdisait l'indemnisation du dommage subi pour la douleur et la souffrance, mais également pour le maintien de l'enfant^{296,297}. Dans un arrêt ultérieur²⁹⁸, la House of Lords a confirmé qu'une naissance non désirée pouvait constituer un préjudice réparable pour les parents, à certaines conditions, le préjudice réparable étant, d'une part, la perte de la liberté de déterminer le nombre d'enfants souhaités et la perte de l'indépendance des parents et, d'autre part, la souffrance pour la mère subie lors de la grossesse et l'accouchement²⁹⁹. Quant aux frais d'éducation pour l'enfant, la Cour estime que la mère n'y a pas droit, mais reconnaît l'existence d'un tort justifiant l'allocation d'une somme forfaitaire³⁰⁰.

En Suisse, alors qu'un juge du fond avait admis la réparation de certains dommages sollicités par la mère (réparation morale pour la grossesse et pour la deuxième stérilisation, gain manqué pour la perte de salaire pendant les six premières années de l'enfant, refusant, en revanche, les frais d'éducation), le tribunal fédéral a, dans un premier temps, rejeté à deux occasions la demande des parents³⁰¹. La faute invoquée n'était toutefois pas l'échec de la stérilisation, mais un défaut d'information quant au risque d'échec. Dans les deux cas, le tribunal fédéral se fondait sur le fait que les parents auraient, même dûment informés quant au risque d'échec de la stérilisation, choisi en tout état de cause cette méthode de stérilisation. L'acte ne serait donc pas illicite³⁰². Le

²⁹⁴ *Sciuriaga c. Powell*, 123 S.J. 406 (QB) 1979.

²⁹⁵ *Macfarlane and Another c. Tayside Health Board (Scotland)*, (2000) HL, p. 11.

²⁹⁶ *Emeh c. Kensington and Chelsea and Westminster* (1985) 1 (QB) 1012.

²⁹⁷ Notons par ailleurs que, dans cet arrêt, non seulement l'opération de stérilisation a échoué, mais l'enfant est né avec une anomalie congénitale.

²⁹⁸ *Macfarlane and Another c. Tayside Health Board (Scotland)*, (2000) HL, p. 11.

²⁹⁹ B. WINIGER, « La notion de préjudice : perspectives européennes. La naissance et la vie non souhaitées », in C. CHAPPUIS et B. WINIGER (dir.), *Le préjudice. Une notion en devenir*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2005, p. 86.

³⁰⁰ *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, (2003) HL 52.

³⁰¹ P. FLEURY, « Le préjudice des parents d'un enfant né à la suite d'une stérilisation omise », note sous Trib. féd., 20 décembre 2005, REAS, 2006, p. 225 ; B. WINIGER, « La notion de préjudice : perspectives européennes. La naissance et la vie non souhaitées », in C. CHAPPUIS et B. WINIGER (dir.), *Le préjudice. Une notion en devenir*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2005, pp. 88-89.

³⁰² B. WINIGER, « La notion de préjudice : perspectives européennes. La naissance et la vie non souhaitées », in C. CHAPPUIS et B. WINIGER (dir.), *Le préjudice. Une notion en devenir*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2005, p. 89.

tribunal changea ensuite son fusil d'épaule dans un arrêt le 20 décembre 2005, même si la faute n'était pas, dans cette espèce, un défaut d'information³⁰³. En l'espèce, la stérilisation demandée avait été omise et la violation fautive d'une obligation de soins dans le chef de l'hôpital n'était pas contestée. Dans cet arrêt, le tribunal fédéral admit le remboursement des frais d'éducation de l'enfant non désiré jusqu'à sa majorité. Il justifia sa décision considérant que ces frais étaient constitutifs d'une diminution volontaire de patrimoine³⁰⁴.

La jurisprudence et la doctrine allemande admettent également l'action ainsi que la réparation des frais d'entretien de l'enfant non désiré en cas de stérilisation manquée³⁰⁵.

De cet examen de jurisprudence au niveau européen, on constate, malgré l'admission du principe de la demande d'indemnisation, une réticence de la part des cours et tribunaux à faire droit à l'ensemble des réclamations formulées par des parents lorsque naît un enfant en bonne santé, mais non désiré. Néanmoins, les juridictions ne se fondent pas, à tout le moins explicitement, sur l'illégitimité de l'intérêt lésé pour justifier ce refus, et ce, à juste titre. Dans ces hypothèses, on doit nécessairement constater l'existence d'une atteinte à un intérêt légitime (voire d'une liberté) dans le chef de la mère de pratiquer une interruption volontaire de grossesse, tout comme dans le cadre d'une action en naissance préjudiciable (cf. *infra*, n° 48).

4. Légitimité : condition de recevabilité et/ou de forme ?

42. À première vue, l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation qualifiée de fluctuante³⁰⁶ ne permet pas de déterminer si l'exigence de légitimité intervient sur le plan de la recevabilité ou du fond^{307,308}. Pour comprendre et analyser cette situation, certains auteurs estiment que deux situations doivent être distinguées : le maintien d'une situation illicite et l'obtention d'un avantage

³⁰³ Trib. féd., 20 décembre 2005, ATF 132/2005 III 359.

³⁰⁴ P. FLEURY, « Le préjudice des parents d'un enfant né à la suite d'une stérilisation omise », note sous Trib. féd., 20 décembre 2005, REAS, 2006, p. 224 ; C. CHAPPUIS, « L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré : une simple question d'arithmétique ? Quelques considérations à la lumière des solutions apportées par le droit français », *La Semaine judiciaire*, 2006, p. 378.

³⁰⁵ H. TORRIONE, « Le préjudice d'être né », REAS, 2006, p. 389. Il n'y a en revanche pas d'atteinte au droit de la personnalité. Voy., à cet égard, B. MONOT, « Parents contre leur volonté : dommages-intérêts pour l'entretien d'un enfant non désiré dans le cas d'une stérilisation manquée », in B. MONOT et Y. NOËL (dir.), *Recueil de travaux offerts à François Gilliard*, Tolochenaz, Chablaz, 1987, pp. 70 et 72.

³⁰⁶ P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité. Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Droits des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Coll. UB³, vol. 50, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 32.

³⁰⁷ R. JAFFERAI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, p. 254. L'auteur précise toutefois qu'à son analyse, la Cour n'interprète pas de manière différente la légitimité qu'elle soit appréciée au stade de la recevabilité ou du fondement, ce qui serait confirmé par l'arrêt du 4 novembre 2011 (p. 257, n° 18, et p. 263, n° 40).

³⁰⁸ En faveur, en France, d'un examen aux deux niveaux, mais de manière beaucoup plus succincte au stade de la recevabilité : X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 136 ; L. CADIEU, *Le préjudice d'agrément*, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Poitiers, Faculté de droit et de sciences sociales, 1983, n° 337.

illicite³⁰⁹. Dans le premier cas, il s'agirait d'un intérêt illégitime au sens de l'article 17 du Code judiciaire, tandis que, dans le second, il s'agirait d'une condition de fond³¹⁰. En outre, dans le cadre du premier examen, un lien serré serait exigé entre la situation illicite dans laquelle se trouve la victime et le dommage réclamé³¹¹. Néanmoins, un arrêt de la Cour de cassation aurait pu amener à remettre en cause cette distinction. En effet, dans un arrêt du 18 juin 2010, la Cour indique, sur le visa de l'article 1382 du Code civil, que « le dommage consiste en la perte d'un avantage illicite et ne peut, dès lors, donner lieu à réparation, si la situation dans laquelle se trouvait la victime avant l'acte fautif était contraire à une règle de droit »³¹². On pourrait donc tout d'abord s'interroger, à la lecture de cet arrêt, quant au moment de l'examen du caractère illégal de la situation de la victime. Doit-on, comme le suggère l'arrêt, puisque l'attendu est rendu sur le visa de l'article 1382 du Code civil, procéder à l'analyse de la situation de la victime au stade du fondement contrairement à ce qui était suggéré dans la distinction doctrinale présentée ci-avant ? Ce n'est toutefois pas la seule question soulevée par cet arrêt ou, en tout cas, pas la plus inquiétante. Ce qui l'est davantage, c'est que la Cour de cassation ne se contente pas de dire que quiconque demande le maintien d'une situation illicite fait valoir un intérêt illégitime, mais qualifie d'illégitime l'intérêt de quiconque se trouve dans une situation illicite. À suivre cet arrêt, un passager d'un train victime d'un accident pourrait ainsi, par exemple, se voir refuser toute indemnisation dans l'hypothèse où il n'aurait pas payé son ticket de transport. On aurait dès lors pu croire que le seul fait pour la victime de se trouver dans une situation contraire à une règle de droit offrait un avantage

³⁰⁹ I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 75 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2009, p. 636 ; I. CLAEYS, « Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming ? », *R.D.C.*, 1999, pp. 845-848 ; L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 200 ; B. DE TEMMERMAN, « Recente cassatierechtspraak inzake schade en schadevergoeding (2001-2003) », *R.G.A.R.*, 2003, n° 13763 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 70 ; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 264 ; P. VANLERSBERGHE, « Commentaar bij art. 17 Ger. W. », in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, p. 7. Contra : R. JAFFERALI qui estime que cette distinction ne permet pas d'expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation (R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, p. 254).

³¹⁰ Une demande pourrait donc être qualifiée de recevable, mais non fondée si elle tend à la réparation de la privation d'un avantage illégitime (concl. contraires de l'avocat général J. GENICOT avant Cass. [1^{re} ch.], 4 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 530, note).

³¹¹ R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, pp. 254 et 257 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1065 ; B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître. En France : M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 407. On pourrait ainsi soutenir qu'il n'existe pas un lien suffisant entre le caractère adultère du concubinage et le dommage qui résulte du décès du concubin (I. CLAEYS, « Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming ? », *R.D.C.*, 1999, pp. 845-846).

³¹² Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1955, n° 440.

à toute personne qui lui porterait atteinte, avantage critiquable sur le plan de la légitimité³¹³. Fort heureusement, la Cour de cassation n'a pas confirmé cette jurisprudence. Dans un arrêt du 4 novembre 2011, la Cour a en effet décidé que « le seul fait pour le demandeur à une action en responsabilité de se trouver dans une situation illicite n'implique pas nécessairement qu'il ne puisse se prévaloir d'un intérêt ou de la privation d'un avantage légitime »^{314,315}. Cet arrêt rassure quant à la différence entre la poursuite d'une situation illicite et le fait d'y être avant le fait dommageable et semble, au surplus, plutôt confirmer la distinction entre le maintien d'une situation illicite et l'obtention d'un avantage illicite, adoptant ainsi une conception restrictive de la condition de légitimité³¹⁶. Le critère de la licéité de l'avantage perdu est donc le critère déterminant pour justifier du fondement de la demande en Belgique, position partagée par la doctrine française³¹⁷.

43. Au-delà de cette distinction entre le maintien de la situation illicite au sens de l'article 17 et la réclamation d'avantage illicite au sens de l'article 1382, il est permis de s'interroger sur l'opportunité du maintien de cette double exigence de légitimité. Certains auteurs³¹⁸ plaident pour l'abandon de l'exigence de légitimité comme condition de fond, estimant qu'il s'agit en réalité uniquement

³¹³ D. DE CALLATAY, « Actualités de la réparation du dommage dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2010, p. 776 ; R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, pp. 261-262.

³¹⁴ Cass. (1^{re} ch.), 4 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 530, concl. J. GENICOT, note.

³¹⁵ Confirmé par un arrêt du 28 novembre 2013 : « La circonstance que la demanderesse se trouve dans une situation illicite n'exclut pas qu'elle puisse invoquer la violation d'un intérêt légitime » (Cass. [1^{re} ch.], 28 novembre 2013, *R.A.B.G.*, 2014, p. 351, note S. SONCK ; *T.B.O.*, 2015, p. 30), puis encore en 2014 (Cass. [3^e ch.], 16 juin 2014, *J.T.*, 2014, p. 360, note R.G.A.R., 2015, n° 15173, note *Chron. D.S.*, 2014 (somm.), p. 316, note J. JACQMAIN). Il en est de même en France : voy. la jurisprudence citée par M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 406 et 407, et par B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 65.

³¹⁶ R. JAFFERALI estime, en effet, que la jurisprudence de la Cour a tantôt défendu une conception élargie, tantôt extensive qui pourrait s'expliquer en raison de l'origine linguistique des chambres ayant prononcé les arrêts à tout le moins jusqu'en 2011. Dans la première conception, plutôt francophone, l'action visant à obtenir par équivalent un avantage illicite est assimilée au maintien d'une situation illicite. Cette conception élargie ne semble pas distinguer les deux situations. En revanche, la conception restrictive défendue par les chambres néerlandophones implique que l'action visant à obtenir une somme d'argent équivalant à la valeur d'un avantage illicite ne tend pas en soi au maintien de la situation illicite, démontrant que les deux situations ne sont pas assimilables. L'arrêt du 4 novembre 2011, rendu pourtant par une chambre francophone, défend cette dernière conception (R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, p. 258).

³¹⁷ Voy. not. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, Paris, PUF, 2013, p. 163 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 115 ; P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMAREDE), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 591, n° 1392.

³¹⁸ En Belgique : J. RONSE, *Schade en schadeoostelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, pp. 30 et 39 ; J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, *R.C.J.B.*, 1957, p. 112 ; D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeoostelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 42 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 68, n° 9 ; R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, p. 264 ; I. CLAEYS, « Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming ? », *R.D.C.*, 1999, pp. 845-848. En France : L. CADIER, « Les métamorphoses du préjudice », *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier*, Paris, PUF, 1997, p. 40.

d'une condition de recevabilité, du droit d'action³¹⁹. L'avantage serait alors de maintenir une exigence plus générale, globale, permettant de garantir la protection de l'ordre juridique³²⁰. Elle permettra d'écarter les demandes de réparation dont le libellé même apparaîtrait comme violant l'intérêt légitime³²¹. Ainsi, selon R. Jafferali, la seule hypothèse d'irrecevabilité consisterait en une demande dont l'objet est le maintien d'une situation illicite^{322,323}, défendant dès lors la conception dite restrictive de la légitimité³²⁴. Ce critère n'interviendrait plus, selon l'auteur, lors de l'examen du fond de la demande et la question de l'obtention d'un avantage illicite ne serait donc pas examinée dans ce cadre. En revanche, d'autres mécanismes tels que l'abus de droit, l'adage *fraus omnia corrumpit* ou encore la faute de la victime pourraient, selon lui, intervenir et influencer le sort de cette dernière. Ce dernier critère trouve d'ailleurs un écho dans un arrêt de la Cour de cassation ultérieur à l'étude du professeur Jafferali. En effet, dans son arrêt du 16 juin 2014, la Cour casse l'arrêt attaqué au motif que, « [s]tatuant sur le dommage, l'arrêt, qui considère qu'il n'y a pas lieu à réparation, d'une part, du dommage résultant de la perte de rémunérations d'un emploi public obtenu illégalement, d'autre part, du dommage moral et de l'indemnisation des frais de la défense qui y sont intimement liés, sans constater que le demandeur ait commis une faute à l'origine de l'illégalité dans l'obtention de cet emploi, viole les articles 1382 et 1383 du Code civil ». Dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général Genicot invitait d'ailleurs à examiner l'attitude du demandeur par rapport à l'ensemble des circonstances et de l'excusabilité de son comportement. Il n'y aurait donc pas d'intérêt illégitime si la victime n'a commis aucune faute à l'origine de l'illégalité³²⁵. On pourrait toutefois soulever que, si l'auteur invoque la faute de la victime, seul

³¹⁹ Contra, en faveur du maintien comme condition de fond : S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », R.D.J.P., 2000, p. 160. En France : P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 130 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 157 ; P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMAREDE), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 590, n° 1392.

³²⁰ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, pp. 30 et 39 ; P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité. Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Droits des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Coll. UB³, vol. 50, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 36.

³²¹ P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité. Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Droits des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Coll. UB³, vol. 50, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 35.

³²² Ce qui n'est pas le cas lorsque la demande prend la forme non d'une réparation en nature, mais de dommages et intérêts.

³²³ La jurisprudence française semble aller dans le même sens dès lors que la demande ne sera déclarée irrecevable que si l'indemnisation est de nature à provoquer un résultat illicite ou immoral (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 115-116).

³²⁴ Il avance notamment en faveur de cette conception le respect du principe de libre disposition de l'indemnité et des règles applicables en cas de faute de la victime (R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », J.T., 2012, p. 260-261).

³²⁵ N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Antemis, 2016, n° 42.

un partage de responsabilité pourra être prononcé³²⁶. P. A. Foriers souligne toutefois à ce sujet que la faute de la victime ne serait pas le motif du rejet de la demande, mais ne serait, dans ce cadre, qu'un « élément d'imputabilité qui est introduit comme composante de l'intérêt ou de l'avantage illégitime » et aurait ainsi le mérite d'objectiver le débat³²⁷. Nous partageons la nécessité de distinguer le maintien de la situation illicite de l'obtention d'un avantage illicite ainsi que l'opportunité d'examiner le premier au stade de la recevabilité. Nous verrons toutefois que nous ne pouvons suivre les auteurs qui abandonnent l'exigence de légitimité au stade du fondement, et ce, même en définissant le dommage comme l'atteinte à un intérêt protégé.

D. L'intérêt stable

44. Dans des arrêts plus anciens, la Cour de cassation imposait un autre encadrement à la théorie de l'intérêt, à savoir la stabilité³²⁸. À l'heure actuelle, certains auteurs³²⁹ estiment toujours que la définition du dommage implique que l'avantage perdu soit stable, mais il semble toutefois que cette condition a été abandonnée par la Cour de cassation, et ce, à juste titre, la stabilité de l'intérêt concernant plus son caractère certain que sa définition³³⁰.

§ 3. La théorie de la différence

A. Origine doctrinale et répercussions jurisprudentielles

1. Origine historique et doctrinale

45. Pour clôturer l'analyse des différentes théories existantes pour définir le dommage, il convient à présent de se pencher sur la théorie dite de la différence³³¹. Elle consiste à définir le dommage comme la différence négative

³²⁶ En France, lorsque la victime participe volontairement à l'activité illicite qui lui est préjudiciable, la jurisprudence a plutôt tendance à retenir la faute de la victime comme cause d'exonération plutôt que sous l'angle de la recevabilité (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 117-119).

³²⁷ P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité. Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Droits des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Coll. UB³, vol. 50, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 343. Contra : Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, pp. 6-10, qui considère que la faute de la victime ne rend pas le préjudice illicite, cette illicéité ne pouvant seulement résulter que de la nature de l'intérêt lésé.

³²⁸ Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, p. 950 ; Cass. (2^e ch.), 24 mars 1969, *Pas.*, 1969, p. 655 ; Cass. (2^e ch.), 4 septembre 1972, *Pas.*, 1973, p. 1.

³²⁹ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1544, n° 1064.

³³⁰ D. DE CALLATAY et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2 « Le dommage », Bruxelles, Larcier, 2009, p. 21. À propos de l'exigence de stabilité du concubinage découlant de la condition de certitude, voy. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, p. 468, n° 400 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 128.

³³¹ Cette théorie exclut la théorie de la lésion d'un droit ou d'un intérêt. Peu importe si l'acte a porté atteinte à un droit ou à un intérêt, seule la différence négative permettra de déterminer si un dommage existe ou non (L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 6, n° 6).

résultant de la comparaison entre la situation actuelle et concrète de la victime dans laquelle elle se trouve depuis le fait dommageable et celle, hypothétique, qui aurait été la sienne si ce dernier n'était pas survenu³³². Cette définition du dommage est parfois qualifiée de moderne³³³. Elle ne l'est en réalité plus tellement puisqu'elle est apparue dans la doctrine du nord du pays dès les années 1950. La nouveauté réside toutefois, nous y reviendrons, du fait qu'elle a été récemment reprise par la Cour de cassation. Nous démontrerons en quoi cette utilisation de la théorie de la différence pour définir le dommage est critiquable dès lors qu'il s'agit plutôt d'une méthode d'évaluation (*cf. infra*, n°s 53 et s.).

46. Le premier auteur qui a introduit en droit belge la théorie de la différence est J. Ronse. Selon cet auteur, « le dommage s'analyse comme le résultat de la comparaison entre deux situations : la situation actuelle de la victime telle qu'elle est causée par le fait dommageable et la situation hypothétique dans laquelle elle serait restée si l'accident dommageable n'était pas survenu, abstraction faite de la valeur de la prétention. La différence définit le dommage »³³⁵. Elle sera ensuite reprise par d'autres auteurs essentiellement néerlandophones³³⁶, mais également francophones³³⁷. Elle est d'ailleurs telle-

³³² T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Morsel, Intersentia, 2009, p. 633, n° 1011 ; L. CORNELIS, « Ongeschied voor gevoelige juristen : over de intiem verhouding tussen schade en causaal verband », in B. DE TILLEMANS et I. CLAEYS (dir.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2004, p. 249 ; B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.T., 2015, n° 6595, p. 213.

³³³ L. CORNELIS, « Ongeschied voor gevoelige juristen : over de intiem verhouding tussen schade en causaal verband », in B. DE TILLEMANS et I. CLAEYS (dir.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruxelles, die Keure, 2004, p. 251.

³³⁴ Nous soulignons.

³³⁵ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 8 (traduction libre).

³³⁶ A. R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad. Damages in the law of torts*, Deventer, Kluwer, 1965, p. 16, n° 13 (« Het begrip schade berust op een vergelijking tussen twee toestanden : de toestand, zoals die na de inwerking van de onrechtmatige daad is en de toestand, zoals die zonder die inwerking geweest zou zijn ») ; J. VIAENE, *Schade aan de mens. Deel III. Evaluatie van de gezondheidsschade*, Berchem/Anvers, Kluwer, 1976, p. 263 (« Schade verschijnt immers uit de vergelijking van twee toestanden (of gedaanten) van hetzelfde schadelijnd object : de hypothetische toestand waarin het object zou gebleven zijn ware het niet beïnvloed geweest wordt gesteld tegenover de beschadigde situatie waarin hetzelfde object komt te verkeren »). Voy. également reprenant (presque) à l'identique la définition de J. Ronse : E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 32, n° 27 ; D. SIMOENS, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15 ; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST et J.-L. SCHUERMANS, « Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992) », T.P.R., 1997, p. 856 ; L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 4, n° 3.

³³⁷ P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité. Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Droits des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Coll. UB³, vol. 50, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 8 ; A. GOSSE, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », R.G.A.R., 2011, n° 14722, qui fait mention du concept contrefactuel du dommage qui requiert la comparaison entre l'état de la victime postérieurement au fait dommageable et l'état contrefactuel de la victime qui aurait été le sien sans celui-ci. Le dernier tableau indicatif précise également que « le dommage traduit la différence entre deux situations : la situation dans laquelle la victime se trouve à la suite du fait dommageable et celle dans laquelle elle se serait trouvée si le fait dommageable ne s'était pas produit » ; T. LÉONARD considère également que la constatation du dommage suppose la méthode de la comparaison (T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 605) ; X., « Tableau indicatif. Version 2016 », in *Le tableau indicatif 2016*, Les

ment ancrée en doctrine néerlandophone que cette définition, qu'on présentait comme la définition moderne, est à présent qualifiée par certains de définition traditionnelle ou classique³³⁸. Elle permettrait, selon ses partisans, de souligner le caractère hypothétique et causal du dommage³³⁹. Elle démontrerait également que tout préjudice n'est pas nécessairement réparable³⁴⁰ et constituerait dès lors un filtre aux demandes d'indemnisation.

47. Cette théorie ne trouve pas d'écho uniquement en droit belge. Elle semble d'ailleurs initialement trouver son origine dans la doctrine allemande du XIX^e siècle et avoir été la source d'inspiration de la doctrine flamande³⁴¹. Elle est également connue, mais dans une tout autre mesure, en France³⁴². G. Viney et P. Jourdain y font brièvement référence au stade des conditions de la responsabilité précisant que la jurisprudence admet parfois l'existence d'un préjudice alors même que la situation de la victime n'a pas empiré par rapport à celle dans laquelle elle se trouvait avant l'accident, la jurisprudence procédant à la comparaison non pas avec l'état antérieur, mais avec l'état hypothétique dans lequel elle se serait trouvée sans l'accident³⁴³. Les auteurs n'en font donc pas une définition du dommage, mais l'évoquent quand même à ce stade³⁴⁴. Ils estiment d'ailleurs que cette méthode procède d'une vision très large du dommage³⁴⁵.

Le pays qui fait sans doute l'application la plus large de la méthode, s'inspirant également de Mommsen³⁴⁶, est la Suisse, à tel point qu'elle est utilisée comme définition traditionnelle du dommage³⁴⁷. Elle est, au surplus, entendue de

Dossiers du Journal des juges et de police, Bruges, die Keure, 2017, p. 3) ; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.L.M.B., 2015, liv. 6, p. 274 ; G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 306.

³³⁸ E. NORDIN, *De schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht : tussen compensatie en handhaving*, Universiteit Antwerpen, 2014, p. 11, n° 22 ; N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor wrongful life », note sous Cass., 14 novembre 2014, R.W., 2014-2015, p. 1620.

³³⁹ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 27 ; D. SIMOENS, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15.

³⁴⁰ Elle permettrait également de mieux comprendre la jurisprudence relative à l'interruption du lien causal par une cause juridique propre (L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 4, n° 3, et p. 6, n° 7). Notons toutefois à cet égard que les auteurs sont réservés quant à ce dernier avantage, comme le souligne I. Durant, qui démontre en quoi la théorie de la différence comme définition du dommage poserait problème dans cette situation (I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 61).

³⁴¹ F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, 1855, p. 3, cité par J. VIAENE, *Schade aan de mens. Deel III. Evaluatie van de gezondheidsschade*, Berchem/Anvers, Kluwer, 1976, p. 267 ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 8.

³⁴² Notons qu'elle était par ailleurs déjà connue dès le XIX^e siècle par la doctrine autrichienne (B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 257).

³⁴³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 17.

³⁴⁴ Le principe appliqué chez nous selon lequel, dans le cadre de la comparaison, on prend en considération non pas la situation initiale, mais la situation hypothétique fait plutôt figure d'exception en France.

³⁴⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 26.

³⁴⁶ A.-S. DUPONT, « Dommage vers une nouvelle définition ? », *La Semaine judiciaire*, 2003, p. 473.

³⁴⁷ F. WERRO, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne, Staempfli Éditions, 2011, p. 24.

manière restrictive. En effet, si le dommage n'est, comme dans les Codes civils belge et français, pas défini par le législateur³⁴⁸, la jurisprudence a comblé ce silence en ayant recours dès 1938 à une conception patrimoniale de la théorie de la différence³⁴⁹. Le dommage correspondrait donc à « la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait été ce même patrimoine si l'événement ne s'était pas produit »^{350,351}. Cette conception très limitée du dommage a été assez largement critiquée en doctrine, notamment au motif qu'elle se contente d'un calcul arithmétique, qu'elle n'est pas aisée à mettre en œuvre et qu'elle est trop contraignante³⁵². Elle aboutit, dès lors, à considérer comme irréparables³⁵³ : les dommages de frustration³⁵⁴ et de commercialisation^{355,356}, la perte de chance, mais également le dommage affectif³⁵⁷. Pour nuancer cette sévérité, la jurisprudence a admis une définition plus large du dommage, notamment à propos du préjudice ménager reconnaissant l'existence d'un préjudice en cas d'atteinte à la capacité ménagère³⁵⁸. Cette

³⁴⁸ B. CHAPPUIS, « Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », *La Semaine judiciaire*, 2010, p. 165 ; F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 126.

³⁴⁹ B. CHAPPUIS, « Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », *La Semaine judiciaire*, 2010, p. 179 ; F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 4.

³⁵⁰ Voy. not. ATF 127/2001 III 543 cons. 2b et ATF 127/2001, III 73, cons. 4a, SJ, 2001, p. 397.

³⁵¹ À l'exception du tort moral et du dommage immatériel (appelé « petit tort moral ») qui font l'objet d'un traitement spécifique, il n'y aura de dommage qu'en cas d'atteinte au patrimoine d'un particulier (B. CHAPPUIS, « Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », *La Semaine judiciaire*, 2010, p. 188 ; F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 25).

³⁵² A.-S. DUPONT, « Dommage vers une nouvelle définition ? », *La Semaine judiciaire*, 2003, p. 474 ; B. CHAPPUIS, « Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », *La Semaine judiciaire*, 2010, p. 183 ; F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 9. Voy. également les références citées par C. CHAPPUIS, « Cour de justice des Communautés européennes : un arrêt significatif pour la notion suisse de dommage ? », *La Semaine judiciaire*, 2002, p. 395 ; B. CHAPPUIS, « Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », *La Semaine judiciaire*, 2010, p. 183.

³⁵³ B. CHAPPUIS, « Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », *La Semaine judiciaire*, 2010, pp. 167-176.

³⁵⁴ « Le dommage de frustration résulte du fait que le lésé a engagé volontairement une dépense devenue inutile en raison de l'acte illicite ou a, au contraire, engagé une dépense qui doit être exposée une deuxième fois en raison de la survenance de l'acte illicite. »

³⁵⁵ « Le dommage dit de commercialisation est celui qui consiste en la perte de l'usage d'une chose. »

³⁵⁶ F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 6.

³⁵⁷ « L'intérêt affectif est l'attachement d'une personne pour l'un de ses biens. » Il faut toutefois noter que l'article 43, alinéa 1^{er} bis, du Code des obligations permet une indemnisation de la valeur affective de l'animal blessé ou tué.

³⁵⁸ A.-S. DUPONT, « Dommage vers une nouvelle définition ? », *La Semaine judiciaire*, 2003, p. 475 ; C. CHAPPUIS, « Cour de justice des Communautés européennes : un arrêt significatif pour la notion suisse de dommage ? », *La Semaine judiciaire*, 2002, p. 395 ; F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 129.

définition alternative est appelée conception normative du dommage³⁵⁹ et consiste à considérer que ce dernier se détermine sur l'appréciation abstraite de la valeur d'un inconvénient dont souffre la victime en raison du fait dommageable, et ce, même si l'inconvénient n'a pas de valeur patrimoniale^{360,361}. Notons enfin que, dans un arrêt du 25 mars 2003 rendu dans le cas particulier de l'endommagement et la destruction d'arbres³⁶², le Tribunal fédéral a encore proposé une autre définition du dommage correspondant à « l'intérêt qu'a la personne lésée à ce que l'atteinte ne se soit pas produite, autrement dit au coût des mesures nécessaires pour la replacer dans la situation (générale, et non plus uniquement financière) dans laquelle elle serait sans la survenance du fait dommageable »³⁶³. Ces deux dernières définitions n'ont, semble-t-il, pas fait l'objet d'une généralisation et le droit suisse reste donc encore très attaché, malgré les critiques formulées, à la théorie de la différence³⁶⁴.

2. Répercussion jurisprudentielle : la naissance préjudiciable

48. La théorie de la différence a pris ces dernières années une place encore plus importante en droit belge. On a vu, en effet, apparaître pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour de cassation belge la référence à cette méthode comme définition du dommage en 2014 à propos de l'action en « vie préjudiciable » ou « wrongful life »³⁶⁵. Cette action vise la réparation du dommage subi par l'enfant lui-même en raison d'une faute commise lors de la grossesse du fait ne pas avoir diagnostiqué son handicap. Elle doit donc être distinguée de l'action en « wrongful pregnancy » que nous avons abordée ci-avant, mais également de l'action en « wrongful birth » ou « naissance préjudiciable », visant la réparation du dommage subi par les parents^{366,367}. La

³⁵⁹ F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 10.

³⁶⁰ B. CHAPPUIS, « Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », *La Semaine judiciaire*, 2010, p. 181.

³⁶¹ Une telle notion normative du dommage pourrait également être envisagée s'agissant de l'action en *wrongful life* (G. CHAPPUIS, « L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré : une simple question d'arithmétique ? Quelques considérations à la lumière des solutions apportées par le droit français », *La Semaine judiciaire*, 2006, p. 381).

³⁶² ATF 129 III 331.

³⁶³ A.-S. DUPONT, « Dommage vers une nouvelle définition ? », *La Semaine judiciaire*, 2003, p. 482.

³⁶⁴ F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 24.

³⁶⁵ C'est la première fois que la Cour de cassation est amenée à se prononcer à ce sujet. Avant cet arrêt, la jurisprudence avait admis à plusieurs reprises le principe d'une indemnisation dans le chef de l'enfant (Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, R.G.D.C., 2002, p. 483 ; Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, R.G.D.C., 2006, p. 108 ; J.T., 2004, p. 716 ; Civ. Mons, 6 octobre 1993, inédit, cité par D. DE CALLATAÏ, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 100).

³⁶⁶ A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », R.G.A.R., 2011, n° 14722 ; N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor *wrongful life* », note sous Cass., 14 novembre 2014, R.W., 2014-2015, pp. 1618.

³⁶⁷ Alors qu'elle était auparavant controversée (M. KRUTHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind ? », R.W., 1986-1987, col. 2740-2766 ; F. KÉFER, « La naissance d'un enfant après échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice », note sous Riom [1^{re} ch.], 6 juillet 1989, J.T., 1990, p. 646), cette action semble moins faire l'objet de discussion à l'heure actuelle. Voy. à cet égard : D. DE CALLATAÏ,

Cour fut saisie à la suite d'un pourvoi formé contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Gand du 3 novembre 2011. Dans cet arrêt, cette dernière a eu recours à la théorie de la différence tout en estimant qu'elle ne faisait pas obstacle à l'indemnisation d'un préjudice dans le chef de l'enfant, en l'occurrence un certain dommage moral ainsi que le supplément de frais résultant du handicap. La Cour de cassation va, quant à elle, également utiliser cette théorie, mais arriver à une tout autre conclusion, à savoir qu'il n'existe pas de préjudice réparable en l'espèce en application de cette définition. Selon la Cour, « [i]l n'existe pas de dommage indemnisable au sens des dispositions légales précitées lorsqu'il faut comparer la situation de l'existence d'une personne avec un handicap et sa non-existence »³⁶⁸. Elle confirma ensuite sa jurisprudence dans un arrêt du 21 avril 2016^{369,370}. Elle appliquera encore cette

« Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 101 ; J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 82. Le pourvoi introduit contre l'arrêt de la Cour d'appel de Gand à l'origine de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 qui avait admis l'action des parents en leur nom propre avait d'ailleurs été rejeté. L'argument du demandeur en cassation selon lequel les parents auraient pu limiter ou éviter le dommage en donnant leur enfant à l'adoption a été écarté par la Cour au motif que la cour d'appel avait motivé *in concreto* sa décision en considérant qu'on ne pouvait raisonnablement pas attendre cette mesure des parents. Voy., à ce sujet, A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleef cassatietoets niet », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 198-199. Par ailleurs, dans son arrêt du 21 avril 2016, la Cour de cassation a considéré que l'arrêt attaqué était légalement justifié en ce qui concerne « l'action en wrongful birth », leur préjudice étant la perte de chance d'éviter le dommage résultant de la naissance de leur enfant handicapé. Voy. G. GENICOT, « Nouvelle confirmation du rejet de l'action en "wrongful life" », note sous Cass., 17 octobre 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 316.

En France, cette action était admise par la jurisprudence, et ce, dès les années 1990 tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 31-33 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 152 ; M. DEGUERGUE, « Les préjudices liés à la naissance », R.C.A., 1998, pp. 18 ; G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », R.G.D.C., 2002, pp. 83-84) et a ensuite été reconnue par le législateur dans la loi du 4 mars 2002 sur les droits du malade prévoyant toutefois que les parents d'un enfant handicapé peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice, mais uniquement en cas de faute caractérisée et en excluant l'indemnisation des charges particulières découlant du handicap de l'enfant.

Il en est de même en Allemagne où la jurisprudence admet l'action et l'indemnisation du dommage patrimonial et des douleurs exceptionnelles, mais considère notamment que la charge morale subie par la mère du fait que l'enfant est handicapé n'est pas réparable (B. WINIGER, « La notion de préjudice : perspectives européennes. La naissance et la vie non souhaitées », in C. CHAPPUIS et B. WINIGER (dir.), *Le préjudice. Une notion en devenir*, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2005, pp. 77 et 80).

Elle est également admise en droit anglais (B. MARKESINIS, « Problèmes de responsabilité médicale en droit anglais : un aperçu de la situation dans les années 1980 », *Rev. intern. dr. comp.*, 1988, p. 369 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 978). La doctrine suisse y est également favorable (L. THEVENOZ et F. WERRO, *Commentaire romand. Code des obligations I. Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, n^{os} 29 et s.).

³⁶⁸ Cass. (aud. plén.), 14 novembre 2014, J.T., 2015, liv. 6595, p. 221, note B. DUBUISSON ; J.L.M.B., 2015, liv. 6, p. 264, note G. GENICOT et Y. LELEU ; R.W., 2014-2015 (somm.), liv. 13, p. 519 ; *Rev. dr. santé*, 2014-2015, liv. 3, p. 186, note A. HUYGENS ; *Juristenkrant*, 2014, liv. 299, p. 1, note I. SAMOY.

³⁶⁹ Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 2016, R.G. n^o C.15.0286.N, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107, note X. L'arrêt concernait l'échec d'une stérilisation sur une femme handicapée mentale à l'origine de la naissance d'un enfant affecté d'un handicap. Le gynécologue se voyait reprocher une faute d'information quant au risque d'échec de cette technique.

³⁷⁰ Il s'agissait toutefois d'une espèce un peu différente. Elle confirma encore sa jurisprudence dans un arrêt du 17 octobre 2016 (Cass. [3^e ch.], 17 octobre 2016, R.G. n^o C.11.0062.F/1, R.G.A.R., 2017, n^o 15388, note ;

théorie dans un arrêt rendu également le 17 octobre 2016, mais relatif à une action en « wrongful pregnancy » déjà abordée ci-avant. Dans cet arrêt relatif à l'échec d'une IVG aboutissant à la naissance d'un enfant en bonne santé, la Cour a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 septembre 2010 ayant considéré que la mère ne subissait pas de préjudice dès lors que « les charges financières, les difficultés relationnelles prévisibles et les efforts accrus entraînés par cette naissance ne la plaçaient pas dans une situation moins favorable que celle qu'elle connaissait avant la commission du fait illicite »³⁷¹. Cette nouvelle jurisprudence de la Cour fut tantôt saluée³⁷², tantôt décriée en doctrine³⁷³.

49. Alors que, dans l'autre arrêt rendu le 17 octobre 2016 relatif à l'action en « wrongful pregnancy » (cf. *supra*, n^o 41), la Cour de cassation ne contestait pas la légitimité de l'intérêt violé, la Cour ne s'est pas prononcée sur la légitimité de l'intérêt dans le cadre de l'action en vie préjudiciable, à tout le moins dans l'arrêt de 2014³⁷⁴. Si elle ne l'a pas fait alors que la question aurait pu se poser³⁷⁵, l'explication réside sans doute dans les limites du pourvoi dont elle était saisie. Dès lors que l'arrêt dont cassation avait utilisé la théorie de la différence pour définir le dommage, la Cour n'avait d'autre choix que de se prononcer sur la question au travers du prisme de cette théorie et n'avait pas à se prononcer sur la question de la légitimité. Elle aura toutefois l'occasion de le faire dans l'arrêt du 17 octobre 2016 puisqu'elle appliquera à nouveau la théorie de la

Rev. dr. santé, 2016-2017, p. 311, note G. GENICOT) dans une situation similaire même si l'attendu n'est, dans ce dernier cas, pas exactement le même (« Le dommage au sens de ces dispositions consiste en l'atteinte à tout intérêt ou en la perte de tout avantage légitime ; il suppose que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant. Il ne peut exister de dommage lorsque les termes de la comparaison entre ces deux situations consistent, d'une part, en l'existence d'une personne née avec un handicap, d'autre part, en sa non-existence. »)

³⁷¹ Cass. (3^e ch.), 17 octobre 2016, R.G. n^o C.09.0414.F/1, R.G.A.R., 2017, n^o 15389, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 299, note G. GENICOT.

³⁷² G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.L.M.B., 2015, liv. 6, pp. 169-277 ; N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor wrongful life », note sous Cass., 14 novembre 2014, R.W., 2014-2015, pp. 1616-1622 ; A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleef cassatietoets niet », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 195-201.

³⁷³ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.T., 2015, n^o 6595, pp. 209-2019 ; Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.L.M.B., 2015, pp. 278-285.

³⁷⁴ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.T., 2015, n^o 6595, p. 215.

³⁷⁵ Si tel avait été le cas, voy. les arguments en faveur de l'illégitimité de l'action de l'enfant : G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », R.G.D.C., 2002, pp. 90-94 ; A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleef cassatietoets niet », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 201. En France : X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 171.

Contra : B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.T., 2015, n^o 6595, p. 217 ; Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.L.M.B., 2015, p. 279. En France : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 36 ; M. BACACHE-GIBELI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, p. 425.

différence, mais se prononcera également sur la légitimité de l'intérêt de l'enfant. Elle indique en effet que l'arrêt attaqué en ce qu'il considère que l'enfant a un intérêt certain et légitime à faire l'objet d'un avortement thérapeutique auquel sa mère aurait eu recours si elle avait été dûment informée de l'affection viole l'article 350, alinéa 2, 4°, du Code pénal dès lors que cette disposition a pour seul objet de fixer les conditions auxquelles un avortement pratiqué sur une femme qui y a consenti ne constitue pas une infraction³⁷⁶. Le seul intérêt légitime qui serait lésé serait celui de la mère, l'action des parents ayant été admise par l'arrêt de la cour d'appel et le pourvoi ne visait pas cette action³⁷⁷.

50. En considérant qu'en application de la méthode de comparaison, il n'existe, dans le cadre de la vie préjudiciable, pas de dommage indemnifiable, voire tout simplement pas de dommage, selon les termes de l'arrêt du 17 octobre 2016³⁷⁸, la Cour introduit un principe limitatif³⁷⁹. Cet arrêt semble en effet manifester la volonté de la Cour de poser un filtre à l'indemnisation. Certains auteurs analysent d'ailleurs l'arrêt comme traduisant la volonté d'introduire dans notre droit une forme de relativité aquilienne³⁸⁰. En tout état de cause, si on peut admettre un principe de limitation de certaines demandes d'indemnisation, la solution ne nous paraît pas se trouver dans l'utilisation de la théorie de la différence. Nous nous en expliquerons au point suivant. En outre, si un filtre doit être mis en place, il ne doit, selon nous, pas être utilisé pour exclure ce type de demande, s'agissant en l'espèce d'une atteinte à une liberté. Nous y reviendrons également.

51. Même si nous estimons que l'action de l'enfant devrait être admise, force est toutefois de constater que le refus d'indemnisation auquel aboutit la Cour de cassation belge est partagé au niveau européen. Tel est en effet le cas en Allemagne³⁸¹ et en Grande-Bretagne³⁸². En France, on a pu croire, à

³⁷⁶ Notons que tel était déjà l'avis du ministère public dans ses conclusions précédant l'arrêt du 14 novembre 2014 (G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.L.M.B., 2015, liv. 6, p. 275).

³⁷⁷ G. GENICOT, « Nouvelle confirmation du rejet de l'action en "wrongful life" », note sous Cass., 17 octobre 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 317.

³⁷⁸ Plusieurs auteurs avaient d'ailleurs déjà anticipé la difficulté avant même que la Cour de cassation ne se prononce (I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 60 ; M. KRUTHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind ? », *R.W.*, 1986-1987, col. 2751-2755 ; A. GOSSEKES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14722).

³⁷⁹ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, n° 6595, p. 213.

³⁸⁰ N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Antemis, 2016, n° 11.

³⁸¹ Voy. la jurisprudence citée par A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleeft cassatietoets niet », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 195 et par B. WINIGER, « La notion de préjudice : perspectives européennes. La naissance et la vie non souhaitées », in C. CHAPPUIS et B. WINIGER (dir.), *Le préjudice. Une notion en devenir*, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2005, pp. 78-80.

³⁸² Notons toutefois qu'en Grande-Bretagne, l'action est admise par le législateur dans des cas très rares et à des conditions strictes dans le *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28>). Avant l'entrée en vigueur de cette loi, une décision de principe avait été rendue rejetant

une certaine époque, à une solution favorable à l'enfant. En effet, alors que la jurisprudence antérieure refusait toute indemnisation dans le chef de l'enfant³⁸³, la Cour de cassation française a rendu le 7 novembre 2000, le célèbre arrêt *Perruche*³⁸⁴ dans lequel elle affirme que la vie peut constituer en soi un préjudice pour l'enfant handicapé qui vient au monde³⁸⁵. Cette jurisprudence audacieuse³⁸⁶, tant applaudie³⁸⁷ que fustigée^{388,389} fut toutefois freinée peu de temps après par l'intervention du législateur, puisque, par une loi du 4 mars 2002, il est affirmé que « nul ne peut se prévaloir du fait de sa naissance »³⁹⁰.

52. Nous allons aborder au point suivant la critique qui peut être avancée à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation belge, à savoir l'emploi de la théorie de la différence comme définition du dommage. Notons toutefois déjà qu'un tel changement dans la manière de définir le dommage, s'il était généralisé, ne poserait pas uniquement question dans le cadre de l'action en vie préjudiciable. B. Dubuisson a relevé pertinemment qu'en généralisant une telle définition, on pourrait aboutir à écarter la réparation de toute une série

purement et simplement l'action en *wrongful life* (*McKay c. Essax Area Health Authority*, (1982) (QB) 1166).

(L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 96. J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 84 ; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.L.M.B., 2015, liv. 6, p. 276 ; B. MARKESINIS, « Problèmes de responsabilité médicale en droit anglais : un aperçu de la situation dans les années 1980 », *Rev. intern. dr. comp.*, 1988, p. 370 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 173).

³⁸³ Notamment celle du Conseil d'État, même si le refus se justifiait davantage sous l'angle du lien causal (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 33 ; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, p. 425 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 162-164 ; G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 85-87 ; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.L.M.B., 2015, liv. 6, p. 277. Cass. fr., 17 novembre 2000, D., 2001, p. 2325, note P. JOURDAIN ; JCP, 2001, p. 10601, note F. CHABAS.

³⁸⁴ J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 87.

³⁸⁵ Elle fut confirmée par trois arrêts rendus le 13 juillet 2001 et par deux arrêts du 28 novembre 2011 (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 35 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 160).

³⁸⁶ Voy. not. Y.-H. LELEU, « La libre disposition du corps humain à la lumière de la jurisprudence *Perruche* », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13466 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, pp. 661. En France : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, Paris, PUF, 2013, p. 167 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 36 ; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, p. 425.

³⁸⁷ Voy. not. G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 89-93. En France : C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 170. En suisse : H. TORRIONE, « Le préjudice d'être né », *REAS*, 2006, p. 398.

³⁸⁸ Voy. également les références citées par J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 91, et par G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 34 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, pp. 93-94.

³⁸⁹ Art. 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 sur les droits du malade, www.legifrance.be. Le législateur belge avait voulu reprendre cette disposition dans la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé (art. 5, § 2), mais elle n'entra jamais en vigueur.

de dommages³⁹¹. Ainsi, l'enfant né d'un viol ou d'une relation incestueuse ne serait plus indemnisé. Il en serait de même pour la perte de chance d'éviter un dommage ou d'obtenir un avantage ou, encore, du recours direct de l'employeur public contre le tiers responsable³⁹².

B. La théorie de la différence non comme définition, mais comme méthode d'évaluation

53. Le reproche principal que l'on peut formuler à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation est de présenter la théorie de la différence comme une définition du dommage³⁹³. Cette manière de présenter le dommage procède « d'une confusion entre la définition du concept et une méthode d'établissement du dommage au surplus couplée à la preuve du lien causal »^{394,395}. En réalité, la théorie de la différence ne doit pas être purement et simplement écartée, mais s'analyser comme une méthode d'évaluation du dommage, de mesure des conséquences de l'atteinte³⁹⁶. Cette idée n'est pas neuve puisqu'elle était déjà

³⁹¹ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, J.T., 2015, n° 6595, p. 213.

³⁹² Voy. également, à ce sujet, I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 58, et N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Antemis, 2016, n° 15 et s.

³⁹³ Par ailleurs, quand bien même on utiliserait la méthode de comparaison pour définir le dommage dans l'hypothèse de l'action en vie préjudiciable, on pourrait également s'interroger sur les termes de la comparaison. Plutôt que de comparer la situation de l'existence d'une personne avec un handicap avec sa non-existence, ne pourrait-on pas le faire avec la situation d'une personne sans handicap ? Il s'agirait alors d'une conception abstraite du dommage (A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleeft cassatietoets niet », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 200 ; N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor wrongful life », note sous Cass., 14 novembre 2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 1621).

Notons toutefois, et nous y reviendrons que même dans ce dernier cas de figure, la technique est critiquable. Le préjudice réparable ne doit donc pas être déterminé en fonction de celle-ci, mais consistera dans les conséquences résultant du handicap (I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 60 ; N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Antemis, 2016, n° 13 ; D. DE CALLATAÏ, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 102, et D. DE CALLATAÏ, « L'enfant qu'on aurait pu avorter deux fois », note sous Gand, 3 novembre 2011, *R.G.A.R.*, 2014, liv. 2, n° 14943. Cet auteur proposant à cet égard de faire une différence entre le préjudice moral et le préjudice matériel résultant du handicap et insistant sur la réparation de ce dernier).

³⁹⁴ I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 58.

³⁹⁵ Cette confusion semble être partagée par certains commentateurs de l'arrêt qui qualifie la méthode de la différence de règle classique de l'évaluation du dommage, rappellent que le dommage indemnisable résulte de l'atteinte à un intérêt légitime, mais approuvent l'arrêt rendu par la Cour de cassation (A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleeft cassatietoets niet », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 195-201). Il en est de même de N. Van De Sype qui estime que l'établissement du dommage dans cette hypothèse est impossible et que la décision prise par la Cour de cassation l'a été à juste titre (N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor wrongful life », note sous Cass., 14 novembre 2014, *R.W.*, 2014-2015, pp. 1621-1622).

³⁹⁶ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître ; Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 280.

utilisée au XIX^e siècle par la doctrine allemande³⁹⁷. Elle est, en outre, partagée en doctrine tant belge que suisse. R. O. Dalcq faisait ainsi déjà référence à la comparaison entre l'état actuel de la victime et l'état hypothétique dans lequel elle se serait trouvée si le fait dommageable n'était pas survenu afin de déterminer le dommage³⁹⁸. P. Van Ommeslaghe indique que la méthode de la comparaison permet de mesurer la perte de l'avantage qui constitue le dommage³⁹⁹. Même au nord du pays, la méthode de la comparaison est également présentée comme permettant de déterminer le dommage⁴⁰⁰. En Suisse, A.-S. Dupont fait le même constat face à l'utilisation de la théorie patrimoniale de la différence : « on a assimilé une définition à ce qui n'aurait jamais dû être qu'une méthode pour déterminer le montant du dommage, et ce, dans certains cas uniquement »⁴⁰¹.

54. On peut par ailleurs douter que les premiers auteurs à avoir fait mention de cette théorie de la différence aient vraiment voulu en faire un élément de définition plutôt qu'une méthode d'évaluation. Ainsi, J. Ronse, s'il indique effectivement que la différence définit le dommage, précise également que « de schade wordt derhalve vastgesteld door de vergelijking [...] »^{402,403}. La comparaison serait donc, selon l'auteur, un outil de détermination du dommage qu'il réserve au dommage patrimonial. Il cite d'ailleurs à cet égard Tunc qui indique que « la réparation »⁴⁰⁴ suppose en principe une comparaison [...] »⁴⁰⁵. Par ailleurs, l'auteur allemand à l'origine de la théorie, F. Mommsen, a établi un diagramme du dommage attestant que cette théorie permet en réalité de calculer le dommage en faisant cette différence entre les deux situations⁴⁰⁶. Notons enfin que L. Cornelis, fervent défenseur de cette définition, ne nie pas que ce principe touche à la réparation puisqu'il souligne, avec I. Vuillard, la « confirmation » de cette définition dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la réparation intégrale du dommage⁴⁰⁷.

³⁹⁷ B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Zurich, Schulthess, 2009, p. 339.

³⁹⁸ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 272, n° 2869.

³⁹⁹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1543, n° 1063.

⁴⁰⁰ M. R. HEBLY et S. D. LINDENBERGH, « Schadebegroting en tijdsverloop. Over schade als veranderlijk verschijnsel, en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht », *T.P.R.*, 2016, pp. 1438-1439.

⁴⁰¹ A.-S. DUPONT, « Dommage vers une nouvelle définition ? », *La Semaine judiciaire*, 2003, p. 477.

⁴⁰² J. RONSE, *Schade en schadeoorsprong*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 27.

⁴⁰³ Voy. également en français : J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass., 2 mai 1955, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 111 et 114 où il indique que le dommage est la différence entre les deux situations tout en précisant que le juge procède à la comparaison dans la détermination de l'existence du dommage et de l'évaluation de son montant.

⁴⁰⁴ Nous soulignons.

⁴⁰⁵ A. TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *Rev. intern. dr. comp.*, 1953, p. 31.

⁴⁰⁶ Voy. D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeoorsprong*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 26 ; J. VIAENE, *Schade aan de mens. Deel III. Evaluatie van de gezondheidsschade*, Berchem/Anvers, Kluwer, 1976, pp. 264 et 268.

⁴⁰⁷ L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 5, n° 4.

55. Cette juste place donnée à la théorie de la différence n'est pas sans incidence. En effet, les règles relatives au dommage ne sont pas les mêmes que celles relatives à la réparation^{408,409}. Or, en faisant glisser la théorie vers la définition du dommage, nous avons souligné les dangers que ce transfert impliquait quant à la prise en compte des préjudices réparables. S'il convient de revoir la définition du dommage et d'entendre la volonté de mettre un frein aux dérives indemnitaires, la solution n'est pas, à notre sens, dans l'utilisation de la théorie de la différence.

Section 4

Proposition de définition

56. La référence à la théorie de la différence dans la définition du dommage doit, à notre sens, être écartée. Comment dès lors doit-on définir le dommage ? Nous sommes d'avis qu'il faut revenir à la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure à 2014⁴¹⁰ en y apportant certaines adaptations. Le dommage doit, selon nous, être défini comme la lésion d'un droit, d'une liberté ou d'un intérêt légitime protégé, cette lésion devant être distinguée de ses conséquences qui peuvent être directes ou indirectes, patrimoniales ou extrapatrimoniales⁴¹¹.

§ 1. Distinction entre l'atteinte et ses répercussions

A. Principe et vertu de la distinction

57. Au moment de définir le dommage, il nous semble essentiel de distinguer l'atteinte de ses répercussions. Certains auteurs français différencient sur cette base le dommage et le préjudice. Cette distinction sémantique ne nous semble pas indispensable, et les deux mots peuvent être utilisés comme synonymes tant que, sur le principe, on sépare la lésion de ses conséquences et on précise que ce sont ces dernières qui font l'objet de

⁴⁰⁸ J. VIAENE, *Schade aan de mens. Deel III. Evaluatie van de gezondheidsschade*, Berchem/Anvers, Kluwer, 1976, p. 219 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 946.

⁴⁰⁹ Il en est de même en droit anglais où, si le mot « damage » signifie à la fois le préjudice comme élément de responsabilité et la réparation de ce préjudice, il convient de bien distinguer les deux (« damage » au sens strict, d'une part, et « measure of damage », d'autre part) (P. GREGOIRE, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, Bruxelles, C.I.D.C., 1971, p. 97). La confusion est toutefois encore bien présente dans le chef de certains auteurs (voy. not. H. STREET, *Principles of the law damages*, Londres, Sweet&Maxwell Limited, 1963, pp. 136 et 146).

⁴¹⁰ Voy., en faveur du retour à la formule traditionnelle d'atteinte à un intérêt qui serait plus satisfaisante : I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 62 ; B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁴¹¹ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, n° 6595, p. 216.

la réparation⁴¹². Nous rejoignons ainsi la position adoptée par G. Viney et P. Jourdain, et faisons nôtres leurs propos : « comme les rédacteurs du Code civil, nous emploierons indifféremment les termes dommage et préjudice dans la suite des développements [...]. Sauf à observer que ce que la responsabilité civile a pour objet de réparer, ce sont bien les conséquences d'une atteinte à une personne ou à un bien, qu'on les nomme préjudices ou dommages »⁴¹³.

58. La distinction dispose de plusieurs atouts. Elle permet tout d'abord de comprendre et d'expliquer les situations dans lesquelles il y a une atteinte sans qu'il y ait de répercussions⁴¹⁴. Toute lésion d'un intérêt ne donne en effet pas nécessairement lieu à réparation s'il n'y a pas de répercussion⁴¹⁵. En revanche, s'il n'y a pas de lésion, pas de « dommage », il n'y aura, *a fortiori*, pas de conséquence, pas de « préjudice »⁴¹⁶. Ce n'est donc pas la lésion qui est réparée, mais bien ses conséquences que l'auteur doit supprimer ou à tout le moins atténuer⁴¹⁷. Il ne s'agit toutefois pas du seul avantage de la distinction. Elle donne en effet également une justification à l'indemnisation des répercussions essentiellement extrapatrimoniales subies en cas d'atteinte au droit à l'information, et ce, même en l'absence de lésions corporelles^{418,419}. Elle présente aussi un intérêt pédagogique, une dimension typologique⁴²⁰ pour montrer qu'un dommage induit des préjudices différents⁴²¹. Elle clarifie donc le régime de la réparation⁴²².

⁴¹² On pourrait même assimiler non le préjudice, mais bien le dommage aux répercussions pour donner tout son sens au terme « dommage réparable ». L'atteinte serait alors une porte d'entrée, un filtre antérieur à la définition du dommage.

⁴¹³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 4.

⁴¹⁴ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître ; M. DUCÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître.

⁴¹⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 175 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 372. Voy., pour des illustrations où le dommage n'implique pas des répercussions négatives, mais positives : P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUmarede), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 568, n° 1305.

⁴¹⁶ A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 227.

⁴¹⁷ L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 182.

⁴¹⁸ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, p. 440.

⁴¹⁹ Même s'il faudra, nous y reviendrons, que la victime démontre qu'elle a subi des conséquences extrapatrimoniales du fait de cette atteinte.

⁴²⁰ A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 223 ; M. DUCÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître.

⁴²¹ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 372.

⁴²² P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUmarede), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 567, n° 1305.

À première vue, cette distinction pourrait aussi apporter une réponse à la difficulté mise en évidence par R. O. Dalcq notamment en ce qui concerne le préjudice des ayants droit de la victime décédée⁴²³. La question ne serait en effet plus de savoir si les ayants droit disposaient ou non d'un droit qui a été lésé ou s'ils peuvent ou non exercer le droit à la vie de la victime directe. Le seul droit lésé sera le droit à la vie de la victime, et cette atteinte aura des répercussions qui seront subies par ricochet par les proches⁴²⁴. Le droit atteint n'est donc pas le droit à l'obligation alimentaire. Au surplus, grâce à cette distinction, on pourrait envisager différentes conséquences (patrimoniales ou extrapatrimoniales) subies par différentes personnes (parents, enfants, frères et sœurs...), mais qui proviennent en réalité d'une seule et même lésion, celle subie par la victime directe⁴²⁵. Il n'y aurait donc pas dans ce cas, contrairement à ce que H. Depage, soutient⁴²⁶, une lésion de plusieurs droits lorsque plusieurs personnes sollicitent une indemnisation. En revanche, il y aura des lésions de plusieurs droits si, par exemple, la faute est à l'origine de lésions corporelles, mais également de dégâts matériels. Nous y reviendrons au moment d'identifier les différents objets possibles de l'atteinte. La distinction garantit donc l'indemnisation du préjudice par répercussion qui n'aurait en principe pas dû être reconnu en application stricte de la théorie de la lésion d'un droit lorsque le demandeur ne peut revendiquer un tel droit. On pourrait néanmoins reprocher à cette conception d'ouvrir trop largement le droit à l'indemnisation à toute personne qui revendiquerait le fait de subir des répercussions indirectes d'une lésion initiale à un droit, une liberté ou un intérêt protégé. Pour limiter l'expansion des préjudices par ricochet, une alternative pourrait être de dire qu'en cas de préjudice moral par répercussion, le demandeur subirait en réalité directement une atteinte au lien d'affection qui pourrait, selon les cas, être considérée comme un intérêt incorporel non spécialement protégé et dont les conséquences ne donneraient pas lieu à réparation⁴²⁷. Toutefois, compte tenu de ce que l'existence d'un droit à l'affection est contesté par certains⁴²⁸, il serait à tout le moins nécessaire que le législateur définisse et reconnaisse expressément dans le chef de certains proches l'existence de ce lien d'affection. Une solution pourrait être, à cet égard, de s'en référer à la liste établie par le tableau indicatif⁴²⁹.

⁴²³ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. I « Les causes de responsabilité », Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 272-273.

⁴²⁴ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁴²⁵ Voy., à propos des dépenses qu'une personne est tenue d'effectuer à la suite de la faute d'un tiers : N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Antemis, 2016 ; B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁴²⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 950.

⁴²⁷ Seul le préjudice moral des plus proches parents serait alors considéré comme réparable. (J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 170).

⁴²⁸ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 37.

⁴²⁹ X, « Tableau indicatif. Version 2016 », in *Le tableau indicatif 2016*, Les Dossiers du Journal des juges et de la police, Bruges, die Keure, 2017.

On reconnaît encore à la distinction une vertu limitative^{430,431} en ce qu'elle réhabilite l'exigence de fixer des bornes au préjudice réparable⁴³².

Elle permet enfin d'éviter l'écueil mis en évidence ci-avant consistant à assimiler faute et atteinte à un droit subjectif. L'atteinte à un droit constitue un dommage, nous le rappellerons ci-après, mais n'est pas constitutive de faute⁴³³.

59. Sans doute conscients de ces nombreuses vertus, les auteurs du DCFR⁴³⁴ ont adopté l'idée d'une distinction entre atteinte et conséquence. Dans les commentaires de l'article 2-101, il est en effet précisé « En même temps, il doit être clair que par principe, comme dans la définition du "dommage" de l'Annexe 1, le préjudice causé par l'atteinte à un droit ou un intérêt aussi bien que l'atteinte elle-même peuvent être considérés comme un dommage. Ce qui importe est que ce dommage soit juridiquement réparable et, sauf disposition expresse contraire, il le sera s'il satisfait aux exigences de l'article VI.-2 : 101 ».

B. Origine historique et rayonnement

60. Malgré ces nombreuses qualités, ce n'est toutefois qu'assez récemment que la distinction a connu un véritable essor. Pourtant, elle n'est pas neuve puisqu'elle trouve son origine en droit romain⁴³⁵. Les auteurs divergent toutefois quant à l'identification de son apparition. Pour certains auteurs français, le *damnum*, qui correspondrait au dommage, c'est-à-dire à l'atteinte à un bien ou à l'intégrité physique, simple élément de fait, n'avait pas le même sens que le *praejudicium*, le préjudice, seul pris en compte par le droit et correspondant aux conséquences patrimoniales ou extrapatrimoniales du dommage⁴³⁶. La

⁴³⁰ A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 225 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 156 ; M. DUCÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître.

⁴³¹ Les auteurs français lui reconnaissent encore une dimension explicative en ce qu'elle permet de comprendre certaines solutions jurisprudentielles, notamment en ce qui concerne la licéité ou encore la naissance préjudiciable (A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 224-225 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 158 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 151).

⁴³² P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 118.

⁴³³ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁴³⁴ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE ET RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft common frame of reference*, 2012, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_fr.pdf

⁴³⁵ S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, Université Grenoble II, 1994, pp. 4 à 9 ; A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 217-220.

⁴³⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 4 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 18.

distinction pourrait également provenir, selon d'autres auteurs, de certaines évolutions apparues en droit romain même si les auteurs divergent quant à ces dernières. Soit elle trouverait sa source dans l'évolution apparue par le recours à la notion d'intérêt dans la détermination du montant de la réparation⁴³⁷. Serait alors apparue une substitution du préjudice au dommage. Soit la distinction puise ses racines dans l'évolution dans l'esprit des jurisconsultes qui se sont moins attachés à la constatation de l'atteinte (le *damnum*) qu'aux conséquences pécuniaires, l'*actio legis aquiliae* étant devenue réparatrice⁴³⁸. Malgré cet ancrage historique, cette différenciation ne sera pas reprise ni dans le Code civil ni dans les travaux préparatoires⁴³⁹.

61. Si le Code civil ne fait pas mention d'une distinction entre lésion et répercussions, elle est néanmoins présente dans la doctrine belge, mais également en jurisprudence. On retrouve ainsi cette idée chez H. Depage puisqu'il considère que le dommage est un préjudice (élément de fait) résultant de la lésion d'un droit⁴⁴⁰. Il en est de même pour D. Simoens qui indique que le dommage est la conséquence d'une atteinte à une situation dont la victime a intérêt au maintien⁴⁴¹. La distinction peut être également mise en évidence dans les derniers tableaux indicatifs⁴⁴². Elle est encore présente dans les écrits de J. Fonteyne⁴⁴³, J. Dabin⁴⁴⁴, L. de Wilde⁴⁴⁵ ou encore T. Léonard⁴⁴⁶. Ce dernier voit d'ailleurs un écho à cette distinction dans certains arrêts de la Cour de cassation⁴⁴⁷ considérant que le dommage résulterait de l'atteinte, de la lésion.

⁴³⁷ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 261.

⁴³⁸ L. CADIEU, *Le préjudice d'agrément*, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Poitiers, Faculté de droit et de sciences sociales, 1983, p. 369 ; A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 217-220.

⁴³⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 3.

⁴⁴⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 946.

⁴⁴¹ D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeoorspronkelijkheid*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15.

⁴⁴² Dans le tableau 2016, mais déjà en 2012, les rédacteurs du tableau invitent l'expert à décrire l'ensemble des lésions et atteintes à l'intégrité psychique et physique conservées par la victime à la suite de l'accident (AIPP : atteintes à l'intégrité physiologique et psychique), puis il doit se prononcer sur l'existence et la quantification des répercussions qu'ont eues et auront à l'avenir les différentes atteintes à son intégrité (X, « Tableau indicatif. Version 2016 », in *Le tableau indicatif 2016*, Les Dossiers du Journal des juges et de police, Bruges, die Keure, 2017 ; X, « Tableau indicatif. Version 2012 », in *Le tableau indicatif 2012*, Les Dossiers du Journal des juges et de police, Bruges, die Keure, 2012).

⁴⁴³ J. FONTEYNE, « De la nature du dommage causé par les lésions physiques », R.G.A.R., 1953, n° 5203.

⁴⁴⁴ J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, pp. 9 et 7.

⁴⁴⁵ Même s'il définit également le dommage par la théorie de la différence (L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 181).

⁴⁴⁶ T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 392.

⁴⁴⁷ Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, p. 950 ; Cass. (2^e ch.), 17 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 999 ; Cass. (2^e ch.), 19 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 472 ; Cass. (2^e ch.), 30 novembre 1981, *Pas.*, 1982, p. 437 ; Cass. (2^e ch.), 16 octobre 1991, *Pas.*, 1992, p. 129.

62. La distinction ne s'arrête par ailleurs pas aux frontières de notre pays. En Suisse, la doctrine met en évidence quatre éléments lors de la survenance d'un préjudice : l'acte humain, l'atteinte aux biens d'autrui, la diminution des biens d'autrui et le préjudice⁴⁴⁸. L'atteinte est donc distinguée de la diminution des biens qui correspond à la lésion désignant, quant à elle, le résultat de l'atteinte. Elle distingue par ailleurs deux sortes de préjudice : le dommage, si le bien a une valeur patrimoniale, et le tort moral, si le bien a une valeur extrapatrimoniale⁴⁴⁹. La diminution patrimoniale doit, partant, résulter d'une atteinte subie par la victime⁴⁵⁰. Le droit suisse opère donc une distinction entre genre (le préjudice) et espèce (le dommage)⁴⁵¹, atteinte et conséquence⁴⁵². Mais c'est évidemment en France que la mise en évidence de la différence a connu le plus grand succès. Initialement apparue en responsabilité administrative⁴⁵³, elle est défendue en responsabilité civile par de nombreux auteurs^{454, 455}.

⁴⁴⁸ H. DESCHENAUX et P. TERCIER, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne, Éditions Staempfli & Cie SA, 1982, pp. 37 et s.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 39.

⁴⁵⁰ F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 7.

⁴⁵¹ L. CADIEU, *Le préjudice d'agrément*, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Poitiers, Faculté de droit et de sciences sociales, 1983, p. 370.

⁴⁵² A.-S. DUPONT, *Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, Genève, Schulthess, 2005, p. 5.

⁴⁵³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 3 ; L. CADIEU, *Le préjudice d'agrément*, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Poitiers, Faculté de droit et de sciences sociales, 1983, p. 371.

⁴⁵⁴ Une thèse y a d'ailleurs été consacrée : S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, Université Grenoble II, 1994. Voy. également : P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMAREDE), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, pp. 567-568 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 158 ; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 372 ; A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 221 et s. et notamment p. 221, note 954 pour d'autres défenseurs de cette distinction ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 149 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Système d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 2000 ; L. CADIEU, *Le préjudice d'agrément*, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Poitiers, Faculté de droit et de sciences sociales, 1983, pp. 367 et s. ; C. CALAFAYAN, *Essai sur la notion de préjudice. Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Paris I, 2007, pp. 19 et s. ; M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître.

⁴⁵⁵ Par ailleurs, selon certains d'entre eux, la distinction impliquerait que le dommage soit une notion de fait tandis que le préjudice serait une notion de droit (A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 236-237 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 153) alors qu'en réalité, comme nous l'avons examiné précédemment, si la qualification est une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation, l'examen de la preuve relève du fait et, donc, de l'appréciation du juge du fond. Le dommage et le préjudice s'analysent dès lors plutôt comme des notions hybrides. Les répercussions de la distinction sur la qualification entre notions de fait et de droit sont également critiquées par M. Fabre-Magnan (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, Paris, PUF, 2013, p. 176).

Le dommage constituerait donc une atteinte, une lésion à un bien, à une situation, à un droit ou à l'intégrité d'une personne, tandis que le préjudice représenterait les conséquences patrimoniales ou extrapatrimoniales de cette atteinte et serait le seul élément réparable⁴⁵⁶. Elle est également appliquée en jurisprudence⁴⁵⁷. Preuve de son importance en droit français, la distinction fut reprise dans plusieurs projets de réforme du Code civil. En effet, en note de l'article 1343 du projet Catala⁴⁵⁸, il est précisé : « Dans toute la mesure du possible, le groupe a essayé de donner des sens distincts aux termes "dommage" et "préjudice", le dommage désignant l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime et le préjudice, la lésion des intérêts patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui en résulte. » Dans le même ordre d'idées, le dernier projet de réforme du Code civil⁴⁵⁹ indique également, en son article 1235, « est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage ».

La nécessité de différencier les deux notions ne fait toutefois pas l'unanimité. Selon certains, les deux termes sont synonymes⁴⁶⁰. Le reproche principal formulé à l'encontre de la distinction consiste à considérer qu'elle ne permet pas de résoudre tous les problèmes et se contente en réalité de les déplacer⁴⁶¹. Elle serait, en outre, un élément de complication⁴⁶². Notons par ailleurs que,

Notons par ailleurs à cet égard que, selon C. Calafayan, une perte, une simple lésion ne serait pas suffisante au stade de la définition du dommage. Une atteinte à sanctionner serait également nécessaire. Cette proposition n'a toutefois pas eu de véritable influence en droit français (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 20).

⁴⁵⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, pp. 158-159 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, n° 372 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 149.

⁴⁵⁷ Voy. l'arrêt rendu dans l'affaire Erika et cité par J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 158. Voy. également l'arrêt cité par J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 151.

⁴⁵⁸ Avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 C. civ.) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 C. civ.), Rapport à M. Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTREMBRE2005.pdf.

⁴⁵⁹ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

⁴⁶⁰ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations. Tome 1. Les sources*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 449 ; N. DEJEAN DE LA BÂTIE (avec la coll. Ch. AUBRY et Ch. Fr. RAU), *Responsabilité délictuelle, Droit civil français*, 8^e éd. (A. PONSARD et I. FADLALLAH [dir.]), t. VI-2, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1989, n° 10 ; J. CARBONNIER, *Les obligations*, t. 4, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 377 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 51 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, p. 1 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 19 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 261 ; O. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2006, p. 33 ; G. DURRY, « Rapport de synthèse », R.C.A., 1998, p. 32.

⁴⁶¹ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 163.

⁴⁶² O. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2006, p. 32.

même si, comme nous l'examinerons ci-après, certains pays l'ont adoptée, la distinction n'est pas connue partout. Le droit anglais utilise ainsi les termes de *damage* et *loss*, mais sans attacher de signification spécifique à chacun de ces termes⁴⁶³. Nous avons souligné qu'à notre estime, si les deux termes peuvent être considérés comme synonymes, il nous semble néanmoins essentiel de différencier atteinte et conséquence.

§ 2. Définition du dommage

A. Quant à la nécessité d'opérer une limitation quant à la définition du dommage

63. Nous avons rappelé ci-avant qu'au contraire du droit allemand ou du droit anglais, les droits français⁴⁶⁴ et belge n'établissent pas de liste d'intérêts juridiquement protégés et ne posent pas de limite *a priori* au dommage réparable si ce n'est par la légitimité de l'intérêt lésé⁴⁶⁵. La simple référence à la lésion d'un intérêt conduit toutefois à une dérive en ouvrant trop largement le droit à réparation, de telle sorte que des forces de contraction apparaissent dans les systèmes dits conceptualistes⁴⁶⁶. Ainsi, la jurisprudence a déjà considéré, en contradiction avec l'intention du législateur et de la philosophie inhérente à ces systèmes juridiques, que certains préjudices n'étaient pas réparables⁴⁶⁷. Il y a donc une réelle volonté de limiter les prétentions des victimes, mais la méthode utilisée est, selon nous, critiquable. La définition du dommage doit effectivement être modifiée, mais par le législateur, et non par la jurisprudence et en évitant le recours à la méthode de la différence. Est-ce à dire qu'il faut alors se calquer sur les modèles allemand et anglais ? Pas nécessairement. La théorie de la relativité aquilienne n'est en effet pas la panacée dès lors que, si elle apporte un facteur d'ordre, elle est trop restrictive et entraîne une perte d'unité de la responsabilité⁴⁶⁸. Une alternative serait donc de laisser une place à la notion d'intérêts protégés, tout en gardant l'esprit d'une clause générale de responsabilité, par exemple, en prévoyant une liste minimale non exhaustive⁴⁶⁹.

⁴⁶³ L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 19.

⁴⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, Paris, PUF, 2013, p. 161.

⁴⁶⁵ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁴⁶⁶ M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile. Analyse comparée des systèmes germaniques, canadien et québécois », *McGill Law Journal*, 2013, p. 9.

⁴⁶⁷ Tel fut notamment le cas, nous l'avons examiné, de la vie préjudiciable en Belgique ou de l'action en « wrongful pregnancy » en France. Pour d'autres exemples en France : voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 23-24.

⁴⁶⁸ M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile. Analyse comparée des systèmes germaniques, canadien et québécois », *McGill Law Journal*, 2013, p. 3.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 10.

64. Le dommage se définirait dès lors comme la lésion d'un droit, d'une liberté ou d'un intérêt (légitime) protégé^{470,471}. En visant ces trois catégories, on évite que certaines atteintes ne soient pas considérées comme un dommage alors qu'elles le sont assurément, comme l'atteinte à l'intégrité corporelle selon qu'on classe cette dernière dans les droits subjectifs, les libertés ou les intérêts protégés⁴⁷².

B. Lésion d'un droit

65. L'atteinte à un droit muni d'une action n'est donc pas, nous l'avons vu, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, une condition nécessaire pour définir le dommage. Mais est-ce une condition suffisante ? Pour les défenseurs de la théorie de la lésion d'un droit⁴⁷³, l'existence d'une atteinte à un droit préexistant est exigée, mais permet nécessairement à la victime d'apporter la preuve d'un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil⁴⁷⁴. Cette position est également partagée, et ce, à juste titre, par des défenseurs de la théorie de l'atteinte à un intérêt. Ainsi, à suivre X. Pradel et en application de la jurisprudence de la lésion d'un intérêt, la lésion d'un droit suffirait, car l'intérêt est considéré comme le socle de base sur lequel le droit vient s'ajouter, la lésion d'un droit emporterait donc automatiquement la lésion d'un intérêt qui donnerait lieu à indemnisation s'il est légitime⁴⁷⁵.

66. On pourrait toutefois être tenté de répondre par la négative à la question posée à la lecture de certains arrêts de la Cour de cassation. Dans une espèce relative à la perte d'un droit au renouvellement d'un bail, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 21 juin 1990, indiqué que « la perte d'un droit n'entraîne pas nécessairement un dommage »⁴⁷⁶. Par la suite, la Cour préciserait encore, le 19 mars 1991, qu'« il ne résulte pas d'office de l'article 203, § 1^{er}, al. 1^{er} du Code civil qui dispose que les parents sont tenus d'entretenir,

⁴⁷⁰ E. Dirix distingue également différents objets du dommage classés selon qu'il s'agit d'une atteinte à l'essence ou à la valeur (E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 17, n° 5).

⁴⁷¹ Dans sa thèse, M. Dugé estime que c'est le préjudice, c'est-à-dire les répercussions qui doivent se définir comme l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé. Elle se fonde essentiellement sur le fait qu'il faut que la définition corresponde à une notion de droit, ce qui est le cas du préjudice et non du dommage (M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître). Nous avons vu que nous ne partageons pas la qualification du dommage comme élément de fait et du préjudice comme élément de droit, les deux étant, selon nous, des notions hybrides. Par ailleurs, cette assimilation du préjudice comme une atteinte à un droit protégé nous semble créer une confusion entre la lésion et ces conséquences, pourtant l'atout essentiel de la distinction entre dommage et préjudice. L'examen de l'intérêt protégé doit donc prendre place, à notre estime, au niveau de la lésion et, donc, du dommage, pour reprendre le terme français.

⁴⁷² F. OST, *Droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 121 et plus généralement sur les droits de la personnalité, pp. 117-124.

⁴⁷³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 955.

⁴⁷⁴ Voy., à ce sujet, R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II « Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 286, n° 2913.

⁴⁷⁵ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 33-34.

⁴⁷⁶ Cass. (1^{re} ch.), 21 juin 1990, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 1358, *Bull.*, 1990, p. 1204, *Pas.*, 1990, I, p. 1204, n° 615, *R.W.*, 1990-1991, p. 1199.

d'élever leurs enfants et de leur donner une formation adéquate qu'un enfant mineur créancier d'aliments subit un dommage en raison du décès de son père débiteur d'aliments »⁴⁷⁷ et, le 5 mai 2011, que « toute atteinte au droit d'auteur peut⁴⁷⁸ donner lieu à réparation »⁴⁷⁹, laissant entrevoir dans ce dernier arrêt qu'il ne s'agit que d'une possibilité, et non d'un automatisme. Même si la portée de ces deux derniers arrêts doit, à notre sens, être nuancée⁴⁸⁰, certains auteurs considèrent que la preuve de la lésion d'un droit n'est pas une condition suffisante du dommage⁴⁸¹. Ainsi, selon D. Simoens⁴⁸², il faut également démontrer un inconvénient effectif, une perte, une diminution. L'idée semble pouvoir être suivie, mais seulement en partie. Nous nous en écarterons dans le sens où, dès lors qu'un droit a été lésé, la victime subit, selon nous, un dommage. Il y a une identité entre lésion d'un droit et dommage. Toutefois, et en cela, nous rejoignons les auteurs critiquant la lésion d'un droit comme condition nécessaire, la victime ne pourra prétendre à une indemnité que si elle a subi un préjudice, c'est-à-dire si elle a subi des répercussions du fait de cette atteinte⁴⁸³. La lésion d'un droit est donc une condition suffisante au dommage, mais pas à l'indemnisation. Elle n'entraîne pas de présomption de préjudice.

67. Or, si la vérification de la réalité de répercussions consécutives à la lésion subie est, selon nous, nécessaire, la doctrine a néanmoins défendu ou épinglé des situations dans lesquelles la jurisprudence a estimé que l'exigence de la preuve d'un dommage, souvent d'ordre extrapatrimonial, était assouplie, voire écartée⁴⁸⁴. L'exemple le plus fréquent est celui du préjudice moral qui

⁴⁷⁷ Cass. (2^e ch.), 19 mars 1991, *Arr. Cass.*, 1990-1991, p. 755, *Bull.*, 1991, p. 670, *Pas.*, 1991, I, p. 670, *R.W.*, 1993-1994, p. 613.

⁴⁷⁸ Nous soulignons.

⁴⁷⁹ Cass. (1^{re} ch.), 5 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1272, concl. HENKES, *R.C.J.B.*, 2012, p. 363, NOTE L. VAN BUNNEN, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14846, note N. ESTIENNE, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, note P. WÉRY.

⁴⁸⁰ En effet, dans le premier arrêt, il est plutôt question du caractère certain du dommage que de sa définition. La Cour de cassation rejetait le pourvoi au motif que les juges d'appel pouvaient écarter souverainement l'existence du dommage, car les demandeurs ne démontraient pas avoir subi un dommage matériel, les calculs avancés étant fondés sur des éléments hypothétiques. Dans le second arrêt, la Cour se prononce plutôt sur la forme de la réparation que sur la définition du dommage. Elle indique que l'atteinte peut donner lieu à réparation si les conditions de l'article 1382 sont réunies, précisant que la réparation en nature pourra alors être exigée à condition qu'elle soit possible et non abusive.

⁴⁸¹ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Morsel, Intersentia, 2009, p. 635, n° 1014 ; D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1543, n° 1063 ; E. NORDIN, *De schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht : tussen compensatie en handhaving*, Universiteit Antwerpen, 2014, p. 11, n° 22.

⁴⁸² D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 15.

⁴⁸³ T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 392.

⁴⁸⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 955 ; J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Annales de droit et sciences politiques*, 1948-1949, pp. 12 et 1. Voy. également en France, les exemples cités par G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 10-15. À propos de la violation du droit à l'information en matière médicale ou en cas

résulterait nécessairement de l'atteinte aux droits de la personnalité et plus particulièrement au droit à la vie privée⁴⁸⁵. Cette tendance a pour conséquence de créer une sorte de présomption de certitude quant à l'existence de répercussions et donne lieu à une forme de peine privée⁴⁸⁶. Pour d'autres auteurs toutefois, et nous les rejoignons, il n'y a pas lieu d'instaurer une telle présomption⁴⁸⁷. Le juge doit donc toujours vérifier *in concreto* si la victime démontre qu'un dommage moral résulte de l'atteinte à son droit⁴⁸⁸.

68. L'atteinte à un droit est donc une condition suffisante pour démontrer l'existence d'un dommage. Mais qu'est-ce que ce droit ? Proposer une définition de la notion de droit apparaît, nous l'avons souligné, périlleux⁴⁸⁹. On peut toutefois préciser qu'il s'agit en tout état de cause d'un droit subjectif dès lors que nous distinguons ce droit de la liberté ou de l'intérêt protégé. Si le législateur devait s'emparer de la définition du dommage et reprendre notamment la référence à l'atteinte à un droit, l'alternative pourrait être de proposer une énumération des principaux droits. Certains auteurs⁴⁹⁰ ont ainsi listé certains droits : le droit à la vie, l'intégrité physique et psychique, le

de concurrence déloyale, voy. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, Paris, PUF, 2013, pp. 186-188.

⁴⁸⁵ P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POU-MAREDE), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 569, n° 1308 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 119 ; E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », R.G.D.C., 2011, p. 433 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 152 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 119.

⁴⁸⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 13-14 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, Paris, PUF, 2013, p. 189 ; P. LE TOURNEAU (avec la coll. de C. BLOCH, A. GUETTIER, J. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POU-MAREDE), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 569, n° 1308 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Bruxelles, Kluwer, 1984, p. 27 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 757.

⁴⁸⁷ Voy., pour d'autres exemples de dommage présumé : A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2016, p. 493 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique. Quasi-contrats et responsabilité délictuelle*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2011, pp. 158-159.

⁴⁸⁸ L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 192 ; R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle. Examen de jurisprudence (1987 à 1993) », R.C.J.B., 1995, p. 737 ; Cass. (1^{re} ch.), 21 juin 1990, Arr. Cass., 1989-1990, p. 1358, *Bull.*, 1990, p. 1204, *Pas.*, 1990, I, p. 1204, n° 615, R.W., 1990-1991, p. 1199 ; B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁴⁸⁹ Voy., toutefois, à propos de la définition du droit subjectif la thèse de T. LÉONARD qui a mis en évidence « le plus petit dénominateur commun » des différentes théories du droit subjectif et qui le définit comme « le pouvoir juridique spécifique reconnu par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique » (T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 105).

⁴⁹⁰ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 53 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., T. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 947-948 ; B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

droit de propriété et les autres droits réels ou encore le droit à l'honneur⁴⁹¹. Cette liste devrait néanmoins rester exemplative sachant que le magistrat pourra, comme pour les deux autres catégories d'atteintes, faire œuvre créatrice⁴⁹². Nous avons rappelé qu'en Allemagne, le législateur a, au contraire, opté pour une liste fermée de droits (vie, intégrité physique, santé, liberté, propriété), même si elle est tempérée par une catégorie plus large à savoir les autres droits d'autrui, ayant permis de compléter la liste notamment par les droits réels, de la personnalité ou encore le droit à l'activité industrielle et commerciale⁴⁹³.

C. Lésion d'une liberté

69. La lésion pourrait également concerner, selon la définition retenue, une liberté. Plusieurs définitions peuvent être mises en évidence pour avoir une idée de ce que peut signifier cet objet de l'atteinte. Selon T. LÉONARD, la liberté civile est « le pouvoir d'agir ou de ne pas agir, attribué par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but et pour lequel il reçoit du droit objectif les moyens juridiques de défense à l'égard des tiers »⁴⁹⁴. Selon E. Langenaken, en revanche, il s'agirait d'une « autonomie reconnue à chacun dans ses actes et comportements, avant toute intervention du droit »⁴⁹⁵. Même si les définitions divergent, il semble en tout cas qu'elle se distingue des droits subjectifs et mérite donc de constituer un objet d'atteinte à part entière⁴⁹⁶. À nouveau, plutôt que de recourir à une définition générale, le législateur pourrait opter pour l'élaboration d'une liste exemplative à l'intérieur de laquelle on pourrait retrouver la liberté de la mère de pratiquer une IVG.

70. En effet, cette catégorie d'atteinte couplée à la distinction et l'identification des répercussions qui en découlent pourrait permettre d'apporter une réponse à l'indemnisation du préjudice de l'enfant dans le cadre de l'action en vie préjudiciable. Cette thèse a été défendue par B. Dubuisson dans son

⁴⁹¹ Nous verrons qu'à l'exception de la vie et de l'intégrité physique et psychique, les autres devraient sans doute être qualifiés d'intérêt plutôt que de droit pour pouvoir, le cas échéant, exclure sa réparation selon les circonstances.

⁴⁹² M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile. Analyse comparée des systèmes germaniques, canadien et québécois », *McGill Law Journal*, 2013, p. 12.

⁴⁹³ S. LORENZ, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://gerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288520_slorenz.pdf, p. 3 ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, p. 372 ; C. WITZ, *Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs*, vol. 1, Paris, Litec, 1992, p. 458.

⁴⁹⁴ T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 172.

⁴⁹⁵ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », R.G.D.C., 2011, p. 424.

⁴⁹⁶ O. Berg fait mention des « droits et libertés » citant, à titre d'exemple, la liberté d'aller et venir, la libre concurrence, la liberté d'opinion et de parole, la liberté d'agir en justice, la liberté de mener des grèves ou encore la liberté de mariage (O. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2006, p. 1).

commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014⁴⁹⁷. Lorsqu'une faute a été commise dans le cadre du diagnostic d'un handicap du fœtus pendant la grossesse empêchant la mère de pratiquer une interruption de grossesse, l'auteur de la faute porte atteinte à la liberté de la mère de pratiquer un avortement⁴⁹⁸. Cette atteinte peut avoir des répercussions directes pour elle, mais également pour l'enfant⁴⁹⁹. Cette manière d'admettre une indemnisation dans le chef de l'enfant par le biais d'une atteinte à la liberté de la mère permet d'éviter le délicat débat quant à l'opportunité de reconnaître dans le chef de l'enfant un droit ou un intérêt auquel on aurait porté atteinte. En effet, alors que, pour certains, l'enfant disposerait d'un intérêt de ne pas vivre une vie ne valant pas la peine d'être vécue⁵⁰⁰ ou encore un intérêt légitime à ne pas naître avec un handicap en raison de la faute d'un tiers⁵⁰¹, pour d'autres, l'enfant ne peut se voir reconnaître un intérêt juridiquement protégé⁵⁰². Dans la thèse défendue par B. Dubuisson, on évite ce choix cornélien puisqu'il ne s'agit pas de considérer que l'enfant dispose d'un droit ou d'un intérêt protégé, mais de constater que la liberté de la mère a été lésée. Or, même les partisans du refus d'indemnisation dans le chef de l'enfant, reconnaissent l'existence de ce droit⁵⁰³ ou à tout le moins de cette liberté⁵⁰⁴ de la mère de pratiquer une IVG⁵⁰⁵. Ce droit ou cette liberté n'est donc pas exercé par l'enfant⁵⁰⁶, mais l'atteinte causée à celui ou celle de la mère entraîne des répercussions dans le chef de l'enfant. Cette position nous semble donc devoir assurément être suivie. Si, toutefois, on devait considérer qu'un examen de l'intérêt lésé doit également avoir lieu dans le chef du préjudicié par répercussion, on

⁴⁹⁷ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, n° 6595, p. 213.

⁴⁹⁸ Pour Daniel de Callatay, il s'agirait plutôt d'un droit de la mère dont l'action de l'enfant ne peut être dissociée (D. DE CALLATAY, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 104).

⁴⁹⁹ Notons que, pour G. Viney et P. Jourdain, le rapport préjudice direct/par répercussion est inversé, puisqu'ils estiment que l'enfant est la victime directe et que les parents subissent un préjudice par répercussion (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 36).

⁵⁰⁰ A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14722.

⁵⁰¹ Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, pp. 661. Voy. également, pour une analyse de cette thèse, H. TORRIONE, « Le préjudice d'être né », *REAS*, 2006, p. 395.

⁵⁰² G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 90 ; J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 97.

⁵⁰³ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 169.

⁵⁰⁴ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 175.

⁵⁰⁵ G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », note sous Cass., 14 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 308.

⁵⁰⁶ Plusieurs auteurs soutiennent que le droit à l'IVG est l'apanage de la mère et que l'enfant ne peut donc l'exercer et se prévaloir de sa violation (C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 169 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 132 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 170 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 95 ; F. KÉFER, « La naissance d'un enfant après échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice », note sous Riom [1^{er} ch.], 6 juillet 1989, *J.T.*, 1990, p. 5646).

pourrait soutenir qu'en reconnaissant à la mère la possibilité de pratiquer une interruption volontaire de grossesse, le législateur belge a reconnu, par voie de conséquence, un intérêt dans le chef de l'enfant, intérêt qui pourrait être, dès lors, qualifié de protégé juridiquement⁵⁰⁷.

71. En application de cette thèse et de cette définition du dommage, nous en arrivons donc à la conclusion qu'il existe bel et bien un dommage ouvrant un droit à indemnisation dans le chef de l'enfant contrairement à ce que la Cour de cassation affirme. Est-il pour autant réparable ? Il est vrai que, si on considère que la théorie de la comparaison, de la différence ne définit pas le dommage, mais constitue une méthode d'évaluation, le problème n'est peut-être pas résolu pour autant. Si le dommage doit être réparé intégralement, c'est-à-dire, selon la jurisprudence de la Cour, si la victime doit être replacée dans la situation qui aurait été la sienne sans l'accident, le magistrat pourrait être confronté, dans le cas d'espèce, à une impasse⁵⁰⁸. Comment replacer l'enfant dans la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise⁵⁰⁹ ? Le problème n'est donc pas tant celui de la définition du dommage que celui de sa réparation et de l'exigence imposée par le principe de la réparation intégrale. Ce principe montre en effet une fois de plus ses limites. Il nous semble toutefois que ce constat n'est pas un obstacle à une indemnisation dans le chef de l'enfant dès lors que le principe de la réparation intégrale ne devrait pas être une exigence, mais un objectif à atteindre⁵¹⁰. Dès lors qu'un dommage existe et qu'il entraîne des répercussions dans le chef de l'enfant, même si la victime ne peut pas être replacée dans la situation qui aurait été la sienne avant le fait dommageable, les préjudices subis méritent indemnisation⁵¹¹. La responsabilité civile ne doit pas à tout prix viser à rétablir un équilibre, mais doit tendre à supprimer ou à tout le moins à atténuer les conséquences des atteintes commises⁵¹². En l'espèce, il s'agirait donc d'indemniser les conséquences subies par l'enfant résultant du fait de vivre avec un handicap qui découle de l'atteinte à la liberté de la mère.

⁵⁰⁷ Telle ne semble toutefois pas être la position de la Cour de cassation dans son arrêt du 17 octobre 2016 (cf. *supra*, n° 49).

⁵⁰⁸ J.-L. FAGNART, « L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 97 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 169.

⁵⁰⁹ Si le dommage doit être réparé intégralement et en nature, cette réparation impliquerait qu'on mette fin à la vie de l'enfant puisque si la faute n'avait pas été commise, l'IVG aurait pu être pratiquée et l'enfant ne serait pas venu au monde. Cet argument a d'ailleurs déjà été invoqué en jurisprudence par l'auteur du fait dommageable comme le souligne D. de Callatay (D. DE CALLATAY, « Une perruche pourrait-elle faire le printemps ? », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse ?*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 102).

⁵¹⁰ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, n° 6595, p. 213.

⁵¹¹ Sur les éléments du préjudice réparable : B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », note sous Cass., 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, n° 6595, p. 218.

⁵¹² I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 55.

D. Lésion d'un intérêt (légitime) protégé

1. Retour à la notion d'intérêt

72. Le fait de ne pas adopter la définition dite moderne du dommage et de reprendre le terme d'intérêt utilisé dans la jurisprudence plus ancienne de la Cour de cassation présente plusieurs vertus. Le retour à la lésion d'un intérêt a tout d'abord l'avantage de la simplicité et permet de « mettre en lumière la raison d'être de la responsabilité civile qui consiste à protéger certains intérêts »⁵¹³. Elle a également le mérite de la cohérence dans une perspective d'harmonisation européenne puisque la notion est présente en droits anglais et allemand⁵¹⁴. Toutefois, si le dommage peut également se définir comme l'atteinte à un intérêt, on ne peut se contenter d'un « simple » intérêt⁵¹⁵. Celui-ci doit présenter certaines caractéristiques pour qu'il puisse être constitutif de dommage en cas de lésion.

2. L'intérêt juridiquement protégé

73. Assimiler le dommage à la simple lésion d'un intérêt n'est pas souhaitable, et l'exigence de légitimité imposée dans la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation n'est, à notre sens, pas suffisante. Nous sommes d'avis qu'un filtre plus important doit être imposé au stade de la définition du dommage. Nous examinerons dans le point suivant si ce filtre doit s'ajouter ou remplacer celui de légitimité.

74. La nécessité d'une telle limitation, d'une volonté de juguler les dérives indemnitaires s'impose de plus en plus en doctrine⁵¹⁶. Elle pourrait, par ailleurs, être introduite en droit belge sans emporter une révolution copernicienne⁵¹⁷ dès lors que cette limitation sous la forme de l'exigence d'intérêts dignes de

protection ne serait pas nécessairement incompatible avec le maintien d'une clause générale de responsabilité⁵¹⁸. Toute la question sera évidemment de déterminer alors la portée de la notion d'intérêt juridiquement protégé.

75. Cette limitation prendrait donc la forme de l'exigence d'une protection juridique⁵¹⁹. Qu'entend-on par intérêt juridiquement protégé ? L'intérêt juridiquement protégé se distingue, à notre sens, du droit civil ou du droit subjectif muni d'action⁵²⁰. Il ne doit pas non plus, à notre sens, s'assimiler à un intérêt légitime comme nous le démontrerons ci-après ni à un intérêt stable dès lors que ce critère renvoie plutôt au caractère certain du dommage⁵²¹. L'intérêt juridiquement protégé pourrait alors être défini comme l'intérêt qui est protégé par la loi ou la jurisprudence⁵²². Cette définition apparaît toutefois quelque peu tautologique. Force est donc de constater que la notion d'intérêt protégé est difficile à cerner, et le risque existe que, plus on tentera de la conceptualiser, plus on risque de la fragiliser⁵²³. Partant, plutôt que de définir la notion, le législateur, s'il y a recours, pourrait, à l'instar des deux autres catégories, proposer une liste exemplative⁵²⁴.

76. En utilisant le concept d'intérêt protégé et en ayant recours à une liste non exhaustive, le législateur pourrait également instaurer une certaine hié-

⁵¹³ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 156.

⁵¹⁴ M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 20 ; P. WESSNER et B. WINIGER, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288514_wesnerwiniger.pdf, p. 11.

⁵¹⁵ L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Poitiers, Faculté de droit et de sciences sociales, 1983, n° 283 ; O. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2006, n°s 58 et s.

⁵¹⁶ A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, pp. 24 et 216 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 157 ; O. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2006, pp. 37 et s. ; G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité pour faute ? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », in *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 565 ; M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître.

⁵¹⁷ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁵¹⁸ M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile. Analyse comparée des systèmes germaniques, canadien et québécois », *McGill Law Journal*, 2013, p. 10 ; G. VINEY, « La faute et les intérêts protégés », in *Les conceptions générales de la matière*, 2009, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280040_gviney2.pdf, pp. 1 et 11 ; M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître. *Contra* : S. LORENZ, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288520_slorenz.pdf, p. 4 critiquant ainsi le DCFR.

⁵¹⁹ L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Onrechtmatige daad : actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 183. Certains doutent toutefois que la référence à l'atteinte à un droit et donc a fortiori à un intérêt protégé puisse avoir un effet limitatif car il s'agit de notions indéterminées ou trop larges (J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 6, n° 4).

⁵²⁰ En ce sens également : F. OST, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 57 qui reprend la théorie gradualiste développée par A. Gervais selon laquelle à côté des intérêts illicites et simples, il y aurait les intérêts légitimes et les droits subjectifs, ces deux dernières catégories pouvant être considérées comme des intérêts protégés (voy. à ce sujet, M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître). *Contra* : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 952 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 37 ; P. VANLERSBERGHE, « Commentaar bij art. 17 Ger. W. », in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 18-20 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 105 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 62.

⁵²¹ *Contra* : F. OST, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 56, qui estime que les critères permettant de dire qu'un intérêt est protégé sont la stabilité et la légitimité.

⁵²² F. Chabas définit l'intérêt juridiquement protégé comme l'intérêt qui n'est pas oublié, voire délibérément écarté par la loi ou la coutume (F. CHABAS, « Le cœur de la Cour de cassation (Le droit à réparation de la concubine adultère) », *D.*, 1973, p. 212).

⁵²³ M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître.

⁵²⁴ *Contra* : J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 157, qui considère qu'une telle liste serait contraire à l'esprit et à la tradition du droit français. Il nous semble toutefois que, si la liste ne revêt aucun caractère d'exhaustivité, elle n'est pas incompatible avec la philosophie française ou belge.

rarchisation, une protection différenciée⁵²⁵. Un consensus se dégage en effet quant à la priorité à donner la vie et l'intégrité physique et psychique⁵²⁶. Si ces dernières n'ont pas été qualifiées de droit, elles devront assurément être assimilées à un intérêt juridiquement protégé et prendre place en haut de la hiérarchie, voire bénéficier d'une protection renforcée dans le cadre de l'ampleur de la réparation. Une protection moindre serait ensuite reconnue aux intérêts à l'intégrité matérielle des biens corporels et aux intérêts incorporels tels que l'honneur, l'intimité, la vie privée⁵²⁷, mais aussi aux préjudices économiques purs^{528,529}. Cette dégradation de la protection consisterait à pratiquer une approche différenciée en fonction du fondement de l'action⁵³⁰. D'autres intérêts incorporels pourraient enfin être purement et simplement écartés notamment dans le cadre du préjudice moral par répercussion, tel que nous l'avons expliqué ci-avant⁵³¹.

⁵²⁵ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 166 et s. En formulant cette proposition, l'auteur se situe dans la lignée de B. Stark. M. Dugé prône également une telle hiérarchisation (M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître).

⁵²⁶ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 53 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 163.

⁵²⁷ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 163-164.

⁵²⁸ S'ils ne constituent pas une catégorie d'intérêt, ils pourraient alors s'analyser comme des répercussions d'une atteinte à un droit de créance ou à une liberté (de commerce et d'entreprise, de concurrence) (B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.). Dans ce cas, la seule solution, si on veut canaliser les demandes d'indemnisation, serait de prévoir une dérogation au principe de la réparation intégrale.

⁵²⁹ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 170-171. Le principe de leur indemnisation n'est pas à l'heure actuelle remis en cause en droit belge et français (voy., à ce sujet, S. CARVAL, « Les dommages économiques purs », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 775 et s. et D. PHILIPPE, « Préjudice économique et financier », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 793 et s.) alors qu'ils reçoivent un accueil beaucoup moins favorable dans d'autres pays européens (M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître). Ils sont écartés en Suisse (F. WERRO, « Le dommage : l'état d'une notion plurielle », in F. WERRO et P. PICHONNAZ (dir.), *Le dommage dans tous ses états. Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne, Stämpfli Éditions, 2013, p. 7), mais également en droit anglais (L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 479). Le droit allemand fait quant à lui preuve d'une certaine méfiance à leur égard (B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.).

⁵³⁰ En cas de faute, tous les préjudices seraient indemnisés. Dans le cas contraire, certains préjudices pourraient être considérés comme non réparables (J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 167 et 170 ; M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître). C'est d'ailleurs déjà le cas en Belgique puisque l'indemnisation des préjudices matériels est exclue dans le cadre de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 et dans une certaine mesure dans le cadre de la loi du 25 février 1991 relative aux produits défectueux qui écarte la réparation du dommage au produit lui-même et prévoit une franchise pour les dommages aux biens.

⁵³¹ Voy. également en ce sens : G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité pour faute ? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 565.

La liste devrait être, selon nous, en tout état de cause, établie par le législateur afin de donner un caractère de certitude et de fixité à la protection apportée à certains droits ou intérêts⁵³². Il ne devra toutefois s'agir que d'une énumération limitative pour laisser au juge la possibilité de qualifier un intérêt de juridiquement protégé^{533,534}. La jurisprudence pourra ainsi tenir compte des « pulsions profondes de la vie sociale » et s'adapter à son évolution⁵³⁵. Si la notion est interprétée largement, elle ne devrait pas aboutir à des bouleversements trop importants, tout en apportant plus de sécurité au droit de l'indemnisation⁵³⁶.

77. Cette proposition permet par ailleurs un rapprochement avec le modèle germanique, suisse ou anglais dans une perspective d'harmonisation européenne, raison pour laquelle elle se retrouve dans les projets européens. Le recours à la notion d'intérêt protégé renvoie en effet à l'idée de relativité aquilienne où seuls les chefs de préjudice spécifiquement identifiés, et, le cas échéant, hiérarchisés⁵³⁷, par l'ordre juridique seront réparables, théorie chère aux droits anglais et allemand et qui n'est pas totalement inconnue en Belgique comme nous l'avons rappelé⁵³⁸. Ainsi, dans les PETL⁵³⁹, le préjudice est défini comme « une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt juridiquement

⁵³² B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 54 ; M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître. Voy. également, si le droit belge devait avoir recours à la notion d'intérêt protégé, en faveur d'une intervention du législateur plutôt que de la jurisprudence : N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Antem, 2016, n° 11. Les Suisses plaident également en faveur d'une intervention du législateur à ce sujet (P. WESSNER et B. WINIGER, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288514_wesnerwiniger.pdf, p. 13).

⁵³³ Voy., à ce sujet, H. ROLIN qui, après avoir défendu la thèse de l'atteinte à un droit, estime que le juge pourra, en vertu d'un pouvoir d'interprétation, reconnaître l'existence d'un droit lésé et l'action née de la lésion du droit (H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques. Académie royale de Belgique*, 1927, p. 71).

⁵³⁴ B. Winiger et P. Wessner notent à cet égard que la répartition des rôles entre le législateur et le juge est plus une question technique que de fond (P. WESSNER et B. WINIGER, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288514_wesnerwiniger.pdf, p. 15).

⁵³⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 55.

⁵³⁶ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 43.

⁵³⁷ Cette hiérarchie existe en droit anglais : L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 179. Elle se dessine également en droit suisse (M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître). Dans les modèles germaniques en revanche, il n'existe pas vraiment de hiérarchie mentionnée expressément (P. WESSNER et B. WINIGER, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288514_wesnerwiniger.pdf, p. 1). Voy., à ce sujet, en sens contraire, M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître, qui estime que le droit allemand opère une hiérarchisation assumée entre intérêts absolus et relatifs.

⁵³⁸ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 56-57 ; M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile. Analyse comparée des systèmes germaniques, canadien et québécois », *McGill Law Journal*, 2013, p. 5.

⁵³⁹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort law*, 2005, <http://www.egt.org/>

protégé »⁵⁴⁰. Les auteurs ont, en outre, instauré une hiérarchisation quant à l'ampleur et aux modalités d'indemnisation⁵⁴¹. Dans le DCFR⁵⁴², les auteurs ont eu recours à une énumération détaillée de dommages à l'article VI-2 : 201⁵⁴³. La référence aux intérêts protégés se retrouve également dans un des projets de réforme du Code civil français, à savoir le projet Terré⁵⁴⁴. Il précise en effet en son article 8, alinéa 1^{er}, que constitue un dommage « toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit ». Il est par ailleurs précisé en commentaire que les rédacteurs ont eu la volonté d'inscrire « dans la loi la notion d'intérêt légitime digne d'être juridiquement protégé dans des termes généraux compatibles avec la teneur de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur les restrictions d'ordre juridique à la réparabilité du préjudice »⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ La distinction entre l'atteinte matérielle ou immatérielle au stade de la définition de la lésion en tant que telle est, selon nous, critiquable dès lors qu'il y a lieu de distinguer clairement l'atteinte de ses répercussions qui peuvent être patrimoniales ou extrapatrimoniales.

⁵⁴¹ Ils précisent en effet ce qui suit :
« L'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature ; plus sa valeur est élevée, sa définition précise et la nécessité de le protéger évidente, plus sa protection sera étendue.
La vie, l'intégrité corporelle ou mentale et la liberté jouissent de la protection la plus étendue.
Les droits de propriété se voient accorder une protection étendue, y compris en matière de droits sur des biens incorporels.

La protection des intérêts économiques ou des relations contractuelles pourra être d'étendue plus limitée, en considération notamment de la proximité entre l'auteur et la personne menacée ou du fait que l'auteur avait conscience de causer un dommage, alors que ses intérêts sont nécessairement de valeur inférieure à ceux de la victime.

L'étendue de la protection pourra également être affectée par la nature de la responsabilité, de telle sorte qu'un intérêt pourra recevoir une protection plus étendue en cas d'atteinte intentionnelle que dans les autres cas.

Afin de déterminer le champ de la protection, les intérêts de l'auteur, notamment dans la liberté d'action et dans l'exercice de ses droits, ainsi que l'intérêt général, devront également être pris en considération. »
Voy., à ce sujet, M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile. Analyse comparée des systèmes germaniques, canadiens et québécois », *McGill Law Journal*, 2013, p. 11, mais également P. WESSNER et B. WINIGER, « La faute et les intérêts protégés », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, 2011, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288514_wesnerwiniger.pdf, p. 13 qui marquent une préférence pour ce projet plutôt que pour le DCFR.

⁵⁴² STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE ET RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft common frame of reference*, 2012, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_fr.pdf

⁵⁴³ « (1) Est un dommage juridiquement réparable une perte, patrimoniale ou extrapatrimoniale, ou une atteinte à un intérêt ou un droit si :

(a) l'une des dispositions du présent Chapitre le prescrit ;
(b) la perte ou l'atteinte résulte de la violation d'un droit conféré par la loi ; ou
(c) la perte ou l'atteinte résulte de la lésion d'un intérêt méritant la protection légale.

(2) Dans les cas qui ne sont visés que par les paragraphes (b) ou (c), la perte ou l'atteinte n'est un dommage juridiquement réparable que si, en fonction des circonstances, il est juste et raisonnable d'accorder un droit à réparation ou prévention en application des articles VI-1 : 101 (Règle fondamentale) ou 1 : 102 (Prévention).

(3) Pour apprécier si le droit à réparation ou prévention est juste et raisonnable, il faut tenir compte du fondement de l'imputabilité, de la nature et de la proximité du dommage réalisé ou imminent, des attentes raisonnables de la personne qui subit ou va subir le dommage et prendre en considération l'ordre public. »
On pourrait y voir une hiérarchie sous-jacente (M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître).

⁵⁴⁴ Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré, février 2012, <https://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf>.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

3. Maintien de l'exigence de légitimité

78. La dernière question qui mérite encore d'être posée est celle de savoir si on doit ou non maintenir l'exigence de légitimité malgré le recours à la notion d'intérêt juridiquement protégé. Plusieurs auteurs répondent par la négative, estimant alors qu'elle n'a plus d'utilité. En effet, soit ils prônent une synonymie entre intérêt juridiquement protégé et intérêt légitime⁵⁴⁶, soit ils considèrent que la notion d'intérêt protégé permettrait de renforcer le contrôle de légitimité et serait donc suffisante⁵⁴⁷. Pour d'autres, toutefois, la réponse est affirmative, car les deux conditions ne feraient pas double emploi. Ainsi, selon B. Dubuisson, il ne s'agirait pas de filtres de même nature⁵⁴⁸. L'exigence de légitimité serait une limite générale, permettant d'écarter les demandes qui heurtent l'ordre public et les bonnes mœurs, concepts fluctuants en fonction des rapports sociaux. Tandis que, selon cet auteur, l'exigence d'une lésion d'un intérêt juridiquement protégé permet au juge d'identifier d'entrée de jeu les intérêts qui méritent protection. Il estime donc que les deux approches ne sont pas incompatibles, même si la seconde est plus éclairante et structurante. Le maintien d'un examen de légitimité au stade du fondement nous semble, au surplus, s'imposer, contrairement à la thèse défendue par certains auteurs (*cf. supra*, n° 43). En effet, nous avons rappelé que, selon certains auteurs, la légitimité ne devrait être appréciée que par rapport à l'intérêt à agir. Or, à suivre cette thèse, on pourrait être confronté à des situations où la question de la légitimité ne sera jamais posée. En effet, l'intérêt à agir relève de l'ordre public procédural atténué et ne doit donc pas être soulevé d'office par le juge⁵⁴⁹. L'illicéité de la situation pourrait donc ne pas avoir été invoquée pour solliciter l'irrecevabilité de l'action et ne pas avoir été examinée par le juge. Si l'exigence de légitimité n'est pas reprise dans la définition du dommage, une victime pourrait, en quelque sorte, passer entre les mailles du filet et obtenir une indemnisation sans qu'à aucun moment, la question de la légitimité de son intérêt ne soit examinée. Il est donc nécessaire, à notre estime, de maintenir une exigence de légitimité au stade du fondement. C'est donc à juste

⁵⁴⁶ Et ce même si au sens de l'article 17, il n'est pas exigé que l'intérêt soit juridiquement protégé (S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », *R.D.J.P.*, 2000, p. 159). Voy. également : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 111 ; J. CARBONNIER, *Les obligations*, t. 4, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 386, qui relève que la notion d'intérêt légitime et juridiquement protégé renvoie à l'absence de contrariété au droit et à la morale, soit la définition de la légitimité ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 763 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 53 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 157.

⁵⁴⁷ M. DUGÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, 2017, à paraître.

⁵⁴⁸ B. DUBUISSON, « Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources », in *Mélanges A. Van Oevelen*, Gand, Story-Scientia, 2017, à paraître.

⁵⁴⁹ H. BOULARBAH et al., *Droit judiciaire*, t. 2 « Manuel de procédure civile », coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 78, n° 2.5.

titre, à notre sens, que tant les projets Terré⁵⁵⁰ et Catala⁵⁵¹ (art. 1162-3 et 1343) que les PETL⁵⁵² ont ajouté l'exigence de légitimité⁵⁵³ à la notion de protection juridique. Néanmoins, si l'exigence doit être maintenue au fond, elle ne doit pas nécessairement intervenir au niveau de la définition de l'atteinte. Nous avons rappelé qu'une distinction pouvait être opérée entre, d'une part, le maintien d'une situation illicite qui interviendrait au stade de la recevabilité et l'obtention d'avantages illicites, d'autre part, examinée au stade du fondement (cf. *supra* n° 42). Le test de légitimité au stade du fondement revient donc à s'interroger quant aux avantages perdus dont la victime demande réparation. Dans ce cadre, on pourrait considérer que cet examen intervient plus précisément lors de la mise en évidence des répercussions de la lésion, étape ultérieure à la définition de l'atteinte au sens strict. On pourrait ainsi définir, dans un premier temps, le dommage comme une atteinte à un droit subjectif, une liberté ou un intérêt protégé et exiger, dans un second temps, que les conséquences de cette atteinte dont on demande réparation soient licites. Une demande de réparation des conséquences d'une atteinte qui consisteraient en un avantage illicite serait donc écartée (p. ex., rémunérations au noir qui ne sont plus perçues en raison d'une atteinte à l'intégrité physique). La lésion en tant que telle est admise, mais certaines répercussions ne seront pas indemnisées.

Conclusion

79. Depuis le début du xx^e siècle, la définition du dommage a connu une évolution importante puisqu'on peut en épinglez pas moins de trois différentes. Initialement, le dommage se définissait de manière assez stricte comme la lésion d'un droit. À la fin des années 1930, la Cour de cassation a assoupli sa position ou l'a, à tout le moins, précisée en considérant que l'existence d'un dommage ne nécessitait pas l'atteinte à un droit. La lésion d'un intérêt

⁵⁵⁰ En commentaire de l'article 8, il est précisé que les rédacteurs ont eu la volonté d'inscrire « dans la loi la notion d'intérêt légitime digne d'être juridiquement protégé » (groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré, février 2012, <https://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf>).

⁵⁵¹ L'article 1343 dispose qu'« [e]st réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif » (avant-projet de réforme du droit des obligations [art. 1101 à 1386 C. civ.] et du droit de la prescription [art. 2234 à 2281 C. civ.]. Rapport à M. Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTMBRE2005.pdf).

⁵⁵² L'article 2 : 101 précise que « [l]e préjudice consiste en une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt juridiquement protégé », ensuite l'article 2 : 103 précise que « [l]es pertes relatives aux activités ou aux sources considérées comme illégitimes ne pourront être recouvrées » (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort law*, 2005, <http://www.egtl.org/>).

⁵⁵³ Quant à la nécessité du maintien de l'exigence de légitimité, voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 119.

suffisait donc. Elle a toutefois d'emblée assorti l'intérêt d'une caractéristique importante, à savoir la légitimité. Cette définition a été appliquée pendant plus de quatre-vingts ans et on aurait pu croire à une certaine immuabilité. Pourtant, saisie d'une des questions les plus délicates du droit de la responsabilité civile, à savoir l'action en vie préjudiciable, la Cour de cassation semble opter à présent pour une approche différente en utilisant la méthode dite de la comparaison. Face à ces différentes alternatives et dans la perspective du projet de réforme du Code civil, il apparaît essentiel de faire un choix quant à la définition du dommage.

80. La jurisprudence récente de la Cour de cassation nous semble critiquable en ce qu'elle utilise comme élément de définition ce qui n'est en réalité qu'une méthode d'évaluation. La dernière théorie proposée par la Cour de cassation doit donc être, à notre estime, écartée. Est-ce à dire alors qu'il faut revenir à la définition dite traditionnelle du dommage, à savoir celle qui a été appliquée pendant la plus longue période en droit belge ? Oui et non. La question appelle tout d'abord une réponse négative car le recours à la notion d'intérêt, même légitime, laisse la porte trop grande ouverte aux dérives indemnitaires qui sont de plus en plus dénoncées en doctrine ces dernières années. À l'inverse, assimiler le dommage à la lésion d'un droit n'est, à notre sens, pas non plus souhaitable en ce qu'il serait alors enserré dans des frontières beaucoup trop limitées. On peut toutefois y répondre également par l'affirmative, car ce constat n'implique pas de devoir nécessairement abandonner purement et simplement la notion d'atteinte à un intérêt, ni même celle de lésion d'un droit. Le dommage devrait donc être défini, selon nous, comme la lésion d'un droit subjectif, d'une liberté ou d'un intérêt (légitime) juridiquement protégé.

81. Cette définition repose tout d'abord sur une distinction entre la lésion et ses conséquences. Peu importe qu'on les appelle dommage ou préjudice tant que les deux sont différenciés. Seule fait donc l'objet de la présente définition la lésion ou l'atteinte, les conséquences seront, quant à elles, l'objet de la réparation. Cette définition identifie, par ailleurs, trois objets possibles d'atteinte. Le droit, tout d'abord, confirmant qu'il y aura nécessairement dommage lorsqu'un droit est atteint (même si ce constat ne signifie nullement que des conséquences qui feront l'objet d'une réparation en découlent). La liberté, ensuite, permettant d'apporter une réponse notamment au problème de l'action en vie préjudiciable en considérant qu'en l'occurrence, la faute porte atteinte à la liberté de la mère de pratiquer une interruption volontaire de grossesse dont découleraient des répercussions dans le chef de l'enfant qui pourrait en demander réparation. L'intérêt juridiquement protégé, enfin, permettant le maintien de la référence à la notion d'intérêt tout en l'encadrant dans des limites plus strictes en exigeant qu'il s'agisse d'un intérêt protégé. Cette définition qui devrait, selon nous, être l'œuvre du législateur serait assortie d'une liste exemplative tant pour les droits que pour les libertés

ou les intérêts protégés. Cette énumération non exhaustive permettrait non seulement de garantir une protection importante pour certains d'entre eux tels que par exemple le droit à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique, mais également d'introduire une hiérarchisation en accordant, pour d'autres, une protection moindre ou à tout le moins différenciée en fonction du fondement de l'action.